Die Rechtsstellung des arbeitnehmerähnlichen Agenten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Hartwig Cramer
aus Nürnberg.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1940

Hauptberichterstatter: Professor Dr. Alfred Hueck.
Mitberichterstatter: Professor Dr. Mariano San Nicolò.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Tag der Genehmigung: 24. April 1940.

Dem Gedächtnis meines Bruders

Dr. Karl-Ernst Cramer

† 18. September 1939

Das Recht hat kein Dasein für sich;
Sein Wesen vielmehr
Ist das Leben der Menschen selbst,
Von einer besonderen Seite gesehen.

Karl von Savigny.

Inhalts-Uebersicht.

Seite

I. Vorwort 1
II. Entwicklung und Bedeutung des Problems 2
III. Abgrenzung des Begriffs des „arbeitnehmerähnlichen Agenten“ 7
A. Der arbeitnehmerähnliche Agent ist Handlungsagent . 7
§ 1. Der Handlungsagent 7
1. Allgemeines 7
2. Leiter eines eigenen Geschäftsorganismus in persönlicher Selbständigkeit 8
3. Vertrauens- und Dauerverhältnis 10
4. Typische Risikoübernahme 12
5. Wirtschaftliche Selbständigkeit und Stärke . . 15
§ 2. Die Abgrenzung des Handlungsagenten vom Handlungsgehilfen 17
1. Allgemeines 17
2. Abgrenzungsversuche 19
a) Gattungsarbeit 19
b) Fremdbestimmte Arbeit 20
c) Anstellung auf Zeit 21
d) Eingliederung in einen fremden Geschäftsorganismus (Betrieb; Betriebsgemeinschaft) . . . 22
e) Arbeitsgemeinschaft 24
f) Ergebnis 24
3. Gestaltung der persönlichen Abhängigkeit . . 26
4. Abgrenzungssymptome 27
a) Allgemeines 27
b) Arbeitsgestaltung 29
c) Risikogestaltung 30
d) Geschäftsgestaltung 31
B. Der arbeitnehmerähnliche Agent ist arbeitnehmerähnliche Person 34
§ 1. Die arbeitnehmerähnliche Person 34
1. Entstehung und Bedeutung des Begriffs . . . 34
2. Zweckmäßigkeit und Tragweite des Begriffs . . 37
3. Einheitlichkeit des Begriffs 39

Seite

4. Begriffsmerkmale 40
a) Arbeitsleistung für andere ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen 40
b) Unternehmer eigener Art 43
α) Arbeitsleistung im Auftrag bestimmter anderer Personen 43
β) Arbeitsleistung für Rechnung bestimmter anderer Personen 44
γ) Wirtschaftliche Unselbständigkeit. Relativität des Begriffs 46
δ) Wirtschaftliche Schwäche 49
§ 2. Abgrenzung des arbeitnehmerähnlichen vom freien Handlungsagenten 50
1. Gibt es arbeitnehmerähnliche Agenten? . . . 50
2. Abgrenzungssymptome 54
a) Allgemeines 54
b) Symptome wirtschaftlicher Abhängigkeit . . 55
c) Symptome wirtschaftlicher Schwäche . . . 57
IV. Die arbeitsrechtlichen Besonderheiten der Rechtslage des arbeitnehmerähnlichen Agenten (geltendes Recht; Reformgedanken) 59
§ 1. Besondere Treuebindung. Schutz durch den Geschäftsherrn 59
1. Allgemeines 59
2. Verschwiegenheitspflicht 60
3. Recht auf Fortzahlung der Vergütung . . . 63
4. Urlaub 65
5. Zeugnis 66
§ 2. Schutz vor Dritten und vor dem Geschäftsherrn . 68
1. Allgemeines 68
2. Lohnschutz 69
a) Pfändungsschutz 69
b) Konkursprivileg 72
3. Schutz vor ungerechtfertigter Risikoübernahme . . 75
4. Kündigungsschutz 76
5. Wettbewerbsklausel 82
§ 3. Anwendbarkeit des AOG. 85
1, Allgemeines 85
2. Soziale Ehrengerichtsbarkeit 86
3. Tarifordnung 87
V. Ausblick 89
VI. Schrifttumsverzeichnis 91

Verzeichnis der Abkürzungen.

a. A.	= anderer Ansicht.
AG.	= Arbeitsgericht.
AN.	= amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamts.
Anm.	= Anmerkung.
AR.	= Arbeitsrecht. Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten.
AOG.	= Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit.
ArbGer.	= Das Arbeitsgericht, Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Monatszeitschrift des Arbeitsgerichtsverbands.
ArbGG.	= Arbeitsgerichtsgesetz.
ArchcivPrax.	= Archiv für civilistische Praxis. Zugleich Fortsetzung des Archivs für bürgerliches Recht.
ARK.	= Arbeitsrechtskartei. Loseblattlexikon des Arbeits- und des Sozialrechts.
ArbRS.	= Arbeitsrechtssammlung. Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsehrengerichtshofs, der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte u. Ehrengerichte. Herausgegeben von Dersch, Hueck, Mansfeld, Mende, Nipperdey, Volkmar.
ArbRuVolkst.	= Arbeitsrecht und Volkstum.
BGB.	= Bürgerliches Gesetzbuch.
BRG.	= Betriebsrätegesetz.
DAF.	= Deutsche Arbeitsfront.
DAR.	= Deutsches Arbeitsrecht.
DHZ.	= Deutsche Handelsvertreterzeitung.
DJ.	= Deutsche Justiz. Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege.
DR.	= Deutsches Recht.
DRZ.	= Deutsche Richterzeitung.
Entwurf	= Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis.
GewO.	= Gewerbeordnung.
HAG.	= Gesetz über die Heimarbeit.
HGB.	= Handelsgesetzbuch.
h.M.	= herrschende Meinung.
HRR.	= Höchstrichterliche Rechtsprechung.
JW.	= Juristische Wochenschrift.

JhJb.	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
KartA.	= Kartenauskunftei des Arbeitsrechts.
KG.	= Kammergericht.
KO.	= Konkursordnung.
KSchG.	= Gesetz betreffend die Kündigungsfristen von Angestellten vom 9. Juli 1926.
LAG.	= Landesarbeitsgericht.
LG.	= Landgericht.
LZ.	= Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
NZfA.	= Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht.
öHAG.	= österreichisches Handelsagentengesetz.
OLG.	= Oberlandesgericht, bezw. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
RABl.	= Reichsarbeitsblatt.
RAG.	= Reichsarbeitsgericht, bezw. amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts.
RAM.	= Reichsarbeitsminister.
RG.	= Reichsgericht.
RGBl.	= Reichsgesetzblatt.
RGZ.	= Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RsprArb.	= Die Rechtsprechung in Arbeitssachen. Grundsätzliche Entscheidungen.
RVA.	= Reichsversicherungsamt.
RVO.	= Reichsversicherungsordnung.
SeuffArch.	= J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
TO.	= Tarifordnung.
UnlWG.	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909.
Warn.	= Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist. Herausgegeben von Dr. Warneyer.
ZADR.	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
ZBH.	= Zentralblatt für Handelsrecht.
ZPO.	= Zivilprozeßordnung.

I. Vorwort.

Das Arbeitsrecht ist einer der jüngsten Zweige der Rechtswissenschaft. Der Gedanke des Schutzes der wirtschaftlich und sozial abhängigen und schwachen Personen stand an seiner Wiege. Die Schaffung einer gerechten sozialen Friedensordnung ist sein vornehmstes Ziel. Diese sozialpolitischen Grundideen erschwerten der Arbeitsrechtswissenschaft die Findung eines abstrakten Grundbegriffes, der eine klare Abgrenzung gegenüber verwandten Rechtsgebieten, insbesondere dem Handelsrecht, ermöglicht. Wir glauben heute diese Abgrenzung darin gefunden zu haben, daß wir das Arbeitsrecht als das „Sonderrecht der durch Eingliederung in eine Gemeinschaft zur Arbeit in abhängiger Stellung verpflichteten Personen“ [1]) bezeichnen. An den Grenzen des Arbeitsrechts jedoch kommt jenen sozialpolitischen Grundgedanken, die dieses Rechtsgebiet zu einer natürlichen Einheit gestalten sollen, noch eine besondere Bedeutung für die Rechtsentwicklung zu. Strukturelle Veränderungen im Wirtschaftsleben können die wirtschaftliche und soziale Lage ganzer Berufsgruppen — wie in den letzten Jahrzehnten der Handelsvertreter — beeinflussen. Dann entsteht die Frage, ob und inwieweit diese Personengruppen, die ursprünglich völlig außerhalb des Arbeitsrechts standen, aus sozialpolitischen Gesichtspunkten arbeitsrechtlichen Normen unterfallen sollen [2]), und es zeigt sich die der wirtschaftlichen Entwicklung der Neuzeit entsprechende attraktive Tendenz des Sozialrechts.

1) Hueck, Grundriß S. 14.

2) Emge spricht von Bestrebungen, die Kleinagenten de lege ferenda ins Arbeitsrecht einzugliedern (S. 663).

II. Entwicklung und Bedeutung des Problems.

1. Mit dem industriellen Aufschwung Deutschlands gegen die Mitte des 19. Jahrhunderts und dem Heranwachsen einer Vielzahl kapitalistischer Handelsunternehmen war das Problem des Absatzes der produzierten Massengüter aufgetaucht. Der Drang nach Abschluß von Massengeschäften war bei den Unternehmungen des Versicherungs- und Beförderungsgewerbes ihrer gegenständlichen Eigenart entsprechend besonders stark. Ihm kam erhöhte Bedeutung dadurch zu, daß mit der politischen Erstarkung des Reiches, seinem Aufstieg zur Weltmacht, an eine Erweiterung des Absatzmarktes durch Export, die bei der wirtschaftlichen Struktur Deutschlands stets notwendig ist, gedacht werden konnte[3]). Die Ausweitung des Verkehrs schuf die technischen Möglichkeiten zur Erreichung dieser Ziele. Zu ihrer wirtschaftlichen Durchführbarkeit bedurfte man selbständiger Vermittlerpersonen; denn den durch die Massenproduktion notwendig gewordenen Massenabsatz nur durch angestellte Vertreter zu bewerkstelligen, wäre für den einzelnen Produzenten zu kostspielig gewesen. Eine Person, die die Vermittlertätigkeit für eine Vielzahl von Geschäftsherrn als selbständiges Gewerbe betrieb, konnte die Absatzförderung viel rentabler erledigen. Für den Unternehmer erschien es zudem zweckmäßig, das durch das Anwachsen seines Unternehmens sich ständig steigernde Geschäftsrisiko möglichst zu begrenzen. Hierin kam ihm das Agenturgewerbe entgegen, das einen Teil dieses Risikos, das durch die Suche nach Absatzmöglichkeit auftretende Arbeitsrisiko, übernahm. „Der Agent stellte seine Absatzorganisation in den Dienst des geschäftsherrlichen Unternehmens, für das seine erfolgsbedingte Entlohnungsform nur mehr eine Schmälerung des Geschäftsgewinns darstellte“[4]).

3) Auf die Exportfunktion des Handlungsagenten weist vor allem Müller-Erzbach (S. 148) hin.

4) Schmidt-Rimpler S. 49.

Der Handlungsagent besaß als verantwortlicher Leiter eines eigenen Geschäftsorganismus eine erhebliche persönliche Selbständigkeit. Die Tätigkeit für viele fremde Firmen, oft sogar der gleichen Branche, machte ihn auch wirtschaftlich selbständig. Seine wirtschaftliche Selbständigkeit wurde dadurch garantiert, daß er eine Fülle von Geschäftsbeziehungen in seiner Person vereinte, auf die keine Firma ohne Not verzichtete, und daß die Nachfrage nach Vertretern größer war als das Angebot. Die Schöpfer des HGB. erkannten diese selbständige Stellung des Handlungsagenten und machten sie zur Grundlage des geltenden Agenturrechts. Dem Agenten wurde kein besonderer sozialer Schutz gewährt, weil er ihn vermöge seiner persönlichen und wirtschaftlichen Selbständigkeit nicht benötigte.

Durch den Verlust des Weltkriegs wurde das deutsche Wirtschaftsleben schwer geschädigt. Deutschlands Stellung auf den Weltmärkten erlitt starke Einbuße. Die Industrien einstiger Importländer erstarkten. Die Lasten des Krieges und die Kriegskontributionen hatten einen Verfall auch der deutschen Binnenwirtschaft zur Folge. Die durch diese Einengung der Absatzmärkte eintretende Beschränkung der deutschen Produktion bedingte einen Rückgang der Nachfrage nach Vertretern.

Eine ähnliche Wirkung zeitigten verschiedene in manchen Produktions- bezw. Absatzzweigen vordringende neuartige wirtschaftliche Erscheinungen. Die Monopolisierung durch Trusts und Konzerne ließ die Absatzwerbung nicht mehr so vordringlich erscheinen. In jüngster Zeit wirkte sich die Marktordnung des Reichsnährstandes ähnlich aus. Verschiedene Unternehmungen gründeten eigene Absatzorganisationen (Syndikate), weil ihnen die Absatzförderung durch eigene Angestellte lohnender erschien. Das Ueberhandnehmen der Warenhäuser, Filialbetriebe und Verbraucherorganisationen band die Bedürfnisbefriedigung weiter Kreise. Die Zunahme nnd Detailierung der Einzelbetriebe ersetzten Teilfunktionen des Handlungsagenten.

Dieser Zurückdrängung des Handlungsagenten in den verschiedensten Wirtschaftszweigen stand ein erhöhtes Angebot an Arbeitskräften gegenüber, die sich im Vermittlergewerbe betätigen wollten. Der Zustrom kam vor allem aus der Reihe der Kriegsteilnehmer, sei es, daß sie aus dem Offizierskorps der alten Armee ausgeschieden waren, sei es, daß sie ihren früheren Arbeitsplatz nicht mehr einnehmen konnten. Daneben suchten Wartestands- und pensionierte Beamte sich als Vertreter eine Nebeneinnahme zu verschaffen. Die Zahl der Betriebe der Handelsvermittlung im Deutschen Reich stieg so von ca. 30000 im Jahre 1907 auf rund 100000 im Jahre 1925[5]) und danach noch weiter.

Durch diese Entwicklung sanken die Vergütungssätze der Handelsvertreter, weil einem erhöhten Angebot eine geringere Nachfrage nach absatzfördernden Arbeitskräften gegenüberstand. Begünstigt wurde dieses Absinken durch die im Nebenberuf tätigen Vermittler, die erheblich billiger arbeiten konnten als der hauptberufliche Agent. Zudem waren viele Neulinge im Vermittlerberuf ungelernt und konnten an sich nur geringere Entlohnung beanspruchen.

Für einzelne Produktionszweige — vor allem soweit sie dem technischen Fortschritt dienten — hatte das Problem der Absatzförderung nicht an Bedeutung verloren. Hier war einerseits der Wettbewerb außerordentlich stark, zum andern waren die Absatzmärkte weitgehend eingefroren. Es war daher für den Unternehmer zweckmäßig und vermöge der nunmehr niedrigen Vergütungssätze der Handelsvertreter auch durchführbar, unter Ausschaltung des Großhandels eine seinen Interessen dienende Verkaufsorganisation heranzubilden. Man trat mit selbständigen Vertretern in Geschäftsverbindung und verpflichtete sie, im wesentlichen für ein Unternehmen tätig zu werden. So entstanden die Typen des Provisionsvertreters und des Generalagenten. Als sogenannte „Privatvertreter" traten sie in verschiedenen Branchen (z. B. der Haushalt-

5) Heinz (S. 1, Makler und Kommissionäre eingerechnet!).

und Schreibmaschinen-, der elektrotechnischen, der Wäsche- und Leinen-, der Möbelindustrie, des Wein-, Buch- und Zeitschriftenhandels) direkt mit den Privatkunden in Beziehung, als sogenannte „Gewerbevertreter" besuchten sie Kaufleute, Gewerbetreibende und Behörden. Diese Einfirmenvertreter wichen ob ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit von dem vertretenen Geschäftsherrn von jenem Urbild des wirtschaftlich selbständigen Handlungsagenten ab, ohne — solange sie persönlich selbständig waren — ihre Agenteneigenschaft zu verlieren. Ihre Zahl stieg außerordentlich. Nach einer Schätzung der Reichsberufsgruppe „Handel" waren am 1. September 1936 von 115000 in Deutschland tätigen Handlungsagenten nur etwa 30000 unabhängig, 85000 dagegen abhängig. Diese wirtschaftliche Abhängigkeit brachte erhebliche Gefahren mit sich, vor allem, wo sie mit wirtschaftlicher Schwäche gepaart war. Wirtschaftliche Schwäche aber war in diesem Berufsstand weit verbreitet, da der geringeren Entlohnung ein allgemein höherer Lebensstandard und höhere Geschäftsunkosten gegenüberstanden. Die Agenturspesen, wie Fahrt- und Hotelkosten, Post- und Telegraphengebühren, Büromieten u.a.m. waren ja erheblich gestiegen.

2. Die Tätigkeit des Handelsvertreters ist von großer volkswirtschaftlicher Bedeutung. In allen Zweigen des Wirschaftslebens ist der Handelsvertreter bemüht und in der Lage, durch seine vielseitigen Verbindungen mit mehreren Firmen oft verschiedener Geschäftszweige einerseits und seinem Kundenkreis andererseits der Ware den Weg zum Verbraucher zu bahnen. Im Zwischenhandel ersetzt er dabei — ohne mit gleichem Gewinn arbeiten zu müssen — ebenso oft den „distributiven Großhändler" als den letzten Kleinhändler. Häufig erfüllt er sogar die wirtschaftlichen Funktionen einer Zweigniederlassung [6]). Hand in Hand mit dieser absatzvermittelnden geht seine die Absatzmärkte erforschende Tätigkeit. Er ist bemüht, Bedürfnisse aufzuspüren und neue Absatzmärkte zu gewin-

6) Schmidt-Rimpler S. 41.

nen. Er kennt die Wünsche nach neuen Waren und nach Veränderungen aller in ihrer Güte, Form und Aufmachung. Seiner Tätigkeit verdankt die deutsche Industrie in ihrer Blütezeit zwischen 1870 und 1914 in starkem Maße die Festigung und Erweiterung ihrer Absatzmärkte im In- und Ausland.

Außer für die Markterschließung arbeitet der Handelsvertreter auch für die Marktregulierung. Die durch die Verschiedenartigkeit des Geschmacks bedingten verschiedenartigen Bedürfnisse der Konsumenten versucht er zu typisieren und zu Massenbedürfnissen zu gestalten, damit sie durch Massenproduktion preiswert befriedigt werden können.

Endlich ist der Handelsvertreter der objektive Berater seiner Kunden. Er ist der Schnittpunkt, in dem sich die sonst so unausgeglichenen Interessen von Fabrikant und Kunden treffen und an dem sie zusammengepaßt werden müssen. Auf diesen Interessenausgleich ist seine Tätigkeit gerichtet. Dies bedingt seine eigenartige Stellung zur Ware, sein „objektives Wareninteresse“ [7]). Ihm fehlt sowohl die Eigenliebe des Produzenten an seiner Ware als auch der Wille des Käufers, den Preis unbedingt zu drücken. Sein Interesse ist die Einigung fremder Interessen, damit sein eigener Geschäftsorganismus gedeihe. Deshalb ist er als objektiver Berater seiner Kunden besonders geeignet. Er kann dabei vor allem der Verbreitung des technischen Fortschritts, der Klein- und Zweckmäßigkeitserfindungen dienen. „Auf eine allgemeine Formel gebracht, beruht so die volkswirtschaftliche Bedeutung des Agenturgewerbes darin, daß es die Chance der tatsächlichen Befriedigung der in der Volkswirtschaft vorhandenen und der von ihr möglicherweise zu befriedigenden Bedürfnisse vermehrt. Die Zufälligkeit des adäquaten Zusammentreffens von Bedürfnis und Befriedigungsmittel wird durch die Tätigkeit des Handlungsagenten nach Möglichkeit verringert; ferner wird die Entwicklung von Bedürfnis und Befriedigungsmittel nach Möglichkeit einander genähert“ [8]).

7) Behm, „Handelsagent“ S. 31. 8) Behm a.a.O. S. 159.

3. Die Notlage vieler Handelsvertreter gefährdet nicht nur ihre Existenz, sondern auch die volkswirtschaftlich gerechte Erfüllung ihrer Funktionen. Die Sozialpolitik mußte sich daher ihrer annehmen. Sollte man aber ganz allgemein den Handlungsagenten ins Arbeitsrecht eingliedern? Dagegen sprach seine formelle persönliche Selbständigkeit. Dafür sprach, daß viele Agenten in eine wirtschaftliche Abhängigkeit und Schwäche geraten waren, die der des durchschnittlichen Gefolgsmanns glich. Die Erkenntnis, daß bei Regelung dieser Frage der wirtschaftlich selbständige vom wirtschaftlich abhängigen und schwachen Handlungsagenten geschieden werden müsse, führte zur Prägung des Begriffs des „arbeitnehmerähnlichen Agenten".

III. Abgrenzung des Begriffs des „arbeitnehmerähnlichen Agenten".

A. Der arbeitnehmerähnliche Agent ist Handlungsagent.

Der arbeitnehmerähnliche Agent ist Handlungsagent im Sinne des § 84 HGB. Dies ist für die Abgrenzung des Begriffs von zweifacher Bedeutung: einmal ermöglicht diese Erkenntnis eine Unterscheidung vom Handlungsgehilfen als dem „Gefolgsmann" des Arbeitsrechts; zum andern wird uns ein Vergleich mit den wesentlichen Elementen der Handlungsagentenstellung die Charakteristika des arbeitnehmerähnlichen Agenten zeigen, deren Bedeutung für die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Normen untersucht werden soll.

§ 1. Der Handlungsagent.

1. Allgemeines.

Der Handlungsagent ist Unternehmer. Eine allgemeingültige Legaldefinition dieses Begriffes gibt es nicht.

§ 1 AOG. weist auf die Führereigenschaft hin, die dem Unternehmer innerhalb einer Betriebsgemeinschaft grundsätzlich zukommt. § 633 RVO. spricht von dem Unternehmer eines Betriebs als demjenigen, für dessen Rechnung der Betrieb läuft. Im Anschluß an den § 105 GewO. hat die Rechtsprechung als „selbständigen Gewerbetreibenden" denjenigen bezeichnet, der einen Gewerbebetrieb für eigene Rechnung und unter eigener Verantwortlichkeit betreibt. Unternehmer sei derjenige, der das Betriebskapital beschaffe, die Produktion leite, die Arbeitsprodukte veräußere und schließlich den aus der Produktion sich ergebenden Verlust trage oder den Unternehmergewinn beziehe[9]). Auch das Wort Unternehmer hat im allgemeinen Sprachgebrauch stets einen erwerbswirtschaftlichen Klang[10]). Steht nach all dem fest, daß der Begriff Unternehmer ein „ökonomischer Begriff"[11]) ist, so muß seine wirtschaftliche Natur auch bei seiner juristischen Definition in Erscheinung treten. „Unternehmer ist der Leiter einer Erwerbswirtschaft, die sich an Marktchancen orientiert"[12]). Daraus ergibt sich das Wesentliche seiner Stellung: daß er in persönlicher Selbständigkeit, wenn notwendig unter Ausübung seines Direktionsrechts, an der Spitze eines Geschäftsorganismus steht und vermöge dieser Selbständigkeit in aller Regel das Geschäftsrisiko trägt.

2. Leiter eines Geschäftsorganismus in persönlicher Selbständigkeit.

Der Handlungsagent ist wie jeder Unternehmer grundsätzlich unbeschränkt persönlich selbständig. Seine Selbständigkeit ist nach der negativen Fassung des § 84 HGB. „ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein" das entscheidende Merkmal seiner Stellung. Sie ist „der Nerv

9) Landmann I § 14 Anm. 2a.
10) Hueck Grundriß S. 49.
11) Lotmar S. 63.
12) Weber S. 6.

seiner Tätigkeit“ [13]). Aus ihr entspringt eine umfassende Organisationsgewalt eigenen Rechts. Sie befähigt den Handlungsagenten, einen eigenen Geschäftsorganismus zu begründen und eigenverantwortlich zu leiten. Die Existenz eines derartigen Geschäftsorganismus folgt demnach aus der persönlichen Selbständigkeit des Handlungsagenten. Aber sie ist gleichzeitig das zweite Begriffsmerkmal seiner Stellung. Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 2 HGB., der den Bestand eines „Gewerbebetriebs“ für den Handlungsagenten voraussetzt.

Der Zweck der Tätigkeit des Handlungsagenten bedingt eine eigenartige Ausgestaltung dieses Geschäftsorganismus. Seine Tätigkeit besteht einmal in der Erschließung des Absatzmarktes, der „Produktion von Kauflustigen“. Die Geschäftsorganisation muß zunächst der Gewinnung eines festen Kundenkreises und geschäftlichen Vertrauens, das fortlaufend für den Agenten wirbt, dienen. Zum andern muß sie geeignet sein, diese „produzierten Kauflustigen“ „abzusetzen“. Die eigentliche Kundschaft des Handlungsagenten sind seine Geschäftsherrn, die ihm die Vermittlertätigkeit bezahlen sollen. Seine Geschäftsorganisation soll also auch dazu dienen, Geschäftsherrn zu gewinnen. Von der Erreichung dieses Ziels hängt seine wirtschaftliche Selbständigkeit ab.

Die absatzfördernde Tätigkeit des Handlungsagenten für andere, vornehmlich produzierende Geschäftsherrn läßt es gerechtfertigt erscheinen, das — vermöge seiner verbindenden Funktion zwischen Produktion und Konsumtion volkswirtschaftlich als Spezialgewerbe sich darstellende — Agenturgewerbe als Hilfsgewerbe zu bezeichnen; denn ein enger innerer Zusammenhang besteht zwischen Geschäftsorganismus des Handlungsagenten und dem seines jeweiligen Geschäftsherrn, in dem das produzierende Unternehmen der primäre Teil ist. An ihm ist der Geschäftsorganismus des Handlungsagenten orientiert, läuft also für Rechnung, im Namen und im Geschäftszweig des Ge-

13) Behm a.a.O. S. 142.

schäftsherrn. Wenn auch der Agent seinem Geschäftsherrn grundsätzlich gleichberechtigt gegenübersteht, so bedingt jene Verbindung beider Geschäftsorganismen doch eine Beschränkung seiner persönlichen Selbständigkeit. Dies erschwert die Abgrenzung zum Handlungsgehilfen. Rechtsdogmatisch besteht allerdings ein grundlegender Unterschied zwischen beiden Rechtstypen. Der Handlungsagent ist grundsätzlich selbständig und besitzt eine grundsätzlich unbeschränkte Organisationsgewalt eigenen Rechts. Dadurch, daß er sich verpflichtet, diese Organisationsgewalt im Interesse eines Geschäftsherrn in bestimmter Richtung zu gebrauchen, beschränkt er allerdings seine persönliche Selbständigkeit. Aber die Möglichkeit, diese Organisationsgewalt in bestimmter Richtung wirken zu lassen, läßt erkennen, daß sie ihm an sich verblieben ist. Demgegenüber ist der Handlungsgehilfe vermöge seiner Eingliederung in einen fremden Geschäftsorganismus rechtlich unselbständig. Er besitzt keine eigene Organisationsgewalt. Wenn er sich auch, wie etwa der höhere Angestellte, tatsächlich in freierer Stellung befindet, so ist er doch nur Träger abgeleiteter Organisationsgewalt. Die Möglichkeit der Beschränkung der persönlichen Selbständigkeit des Handlungsagenten in gewissem Umfang einerseits und der tatsächlich freieren Gestaltung der Stellung des Handlungsgehilfen andererseits lassen bereits erkennen, daß die Abgrenzung zwischen beiden Rechtstypen im Einzelfalle sehr schwierig sein wird.

3. Vertrauens- und Dauerverhältnis.

Der Agenturvertrag begründet ein Vertrauensverhältnis zwischen Agent und Geschäftsherr. Das ergibt sich zum Teil unmittelbar aus § 84 HGB., der davon spricht, daß der Handlungsagent von einem Geschäftsherrn „betraut“ wird, dessen Interessen er wahrzunehmen hat, dessen Vertrauensperson und Berater er ist. Aber nicht nur der Geschäftsherr schenkt seinem Agenten Vertrauen, indem er ihm einen oft umfassenden Einblick in seinen Geschäfts-

organismus gewährt und auf seine Verschwiegenheit baut; auch der Agent muß seinem Geschäftsherrn vertrauen, setzt er doch seine wertvollsten „Produktionsmittel", seinen Kundenkreis und seine Arbeitskraft, für die Absatzförderung der Produkte des Geschäftsherrn riskant ein. Dieses beiderseitige Vertrauensverhältnis offenbart sich in einzelnen aus dem Agenturvertrag entspringenden Pflichten und Rechten [14]). Es besteht eine Treuebindung zwischen beiden Vertragsparteien, deren Stärke mit der oft sehr unterschiedlichen Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Agent und Geschäftsherr wechselt. Sie ist keine allgemein feststehende Größe.

Und doch unterscheidet sich diese Treuebindung von jener allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht, die aus dem Arbeitsverhältnis als einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis [15]) entspringt. Zwar gleichen sich Agentur- und Arbeitsverhältnis insoweit, als sie beide Vertrauensverhältnisse sind, woraus sich in beiden Fällen für die Beteiligten die allgemeine Rechtspflicht ergibt, das ihnen geschenkte Vertrauen nicht zu mißbrauchen, nicht treuwidrig zu handeln. Aber das Arbeitsverhältnis ist darüber hinaus ein personenrechtliches Treueverhältnis, das die Person der Beteiligten viel enger bindet als dies bei einer Zusammenarbeit zwischen selbständigen Unternehmern, wie Agent und Geschäftsherr, grundsätzlich der Fall ist. Die arbeitsrechtliche Treuepflicht umfaßt — über die Treuebindung wie sie zwischen Agent und Geschäftsherr besteht hinaus — die wechselseitige Verpflichtung der beiden Vertragspartner, in Notzeiten für einander einzustehen. Dazu verpflichtet der Agenturvertrag grundsätzlich nicht; denn er ist kein Treue-, sondern nur ein Vertrauensverhältnis, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß beide Begriffe sich nicht ausschließen, sondern im Gegenteil in weitem Umfange decken.

Die Treuebindung zwischen Agent und Geschäftsherr

14) Vergl. etwa § 88 Abs. 2 HGB.

15) Vergl. § 1 Entwurf.

wird dadurch verstärkt, daß der Agenturvertrag ein Dauerrechtsverhältnis ist. Nur die „ständige" Betrauung im Rahmen des § 84 HGB. macht zum Handlungsagenten. Allerdings genügt bereits der Wille zur Begründung eines derartigen Dauerverhältnisses [16]). In der Mehrzahl der Fälle werden aber die Rechtsbeziehungen des Agenten zu dem Geschäftsherrn auch tatsächlich dauerhaft sein, weil die Einarbeitung des Agenten, die Einführung eines bestimmten Artikels stets eine gewisse Zeitspanne erfordern. Die Dauerhaftigkeit des Agenturverhältnisses gleicht der des Arbeitsverhältnisses. Sie bringt eine Vertiefung der Beziehungen zu dem Geschäftsherrn mit sich und nähert den Agenten dadurch im Grade seiner Abhängigkeit oft einem freier gestellten Gefolgsmann. „Den Handlungsagenten trifft so alles in allem gesehen auf Grund des Agenturvertrags im Hinblick darauf, daß das Vertragsverhältnis auf die dauernde Betätigung unter Begründung eines besonderen Vertrauensverhältnisses gerichtet ist, dem Geschäftsherrn gegenüber eine der des Handlungsgehilfen verwandte Treuepflicht" [17]).

4. Typische Risikoübernahme.

Der selbständige Unternehmer trägt in aller Regel ein geschäftliches Risiko. Dieses Risiko kann Kapital- oder Arbeitsrisiko oder eine Mischung von beidem sein. Die Art und Weise der Ausgestaltung der Geschäftsorganisation ist für die Handlungsagenteneigenschaft nicht von entscheidender Bedeutung [18]). Sie läßt nur Schlüsse auf das Maß der wirtschaftlichen Stärke des Agenten zu. Wir finden Agenturbetriebe mit großen Büroorganisationen, mit Musterlagern und Ausstellungsräumen, Hilfskräften und Zweigniederlassungen, mit besonderer Kundenwerbungs- und Reklametätigkeit, kurz mit Einsatz erheblichen Kapitals. Die Geschäftsorganisation des Handlungsagen-

16) Vgl. z. B. Schäfer-Somborn S. 19, Gierke S. 145 u. a. m.
17) Schlegelberger § 84 Anm. 24.
18) Warncke S. 183.

ten kann aber auch ohne besonderen Kapitalaufwand ganz einfach gestaltet sein, etwa darin bestehen, daß der Agent an seiner Privatwohnung ein Schild mit seiner Berufsbezeichnung anbringt oder firmierte Briefbogen verwendet. Daraus folgt, daß ein riskanter Kapitaleinsatz für die Handlungsagenteneigenschaft nicht begriffswesentlich ist. Das Moment des vorhandenen oder nicht vorhandenen Betriebskapitals kann für die Abgrenzung des Handlungsagenten vom Handlungsgehilfen grundsätzlich nicht verwendet werden[19]). Allerdings setzt nur der Handlungsagent, da nur er einen eigenen Geschäftsorganismus inne hat, eigenes Betriebskapital ein.

Auch Arbeitsrisiko muß der Handlungsagent nicht notwendig tragen. Gemäß § 88 HGB. erhält er nur dann eine Erfolgsvergütung, nur dann hat er also Arbeitsrisiko zu tragen, wenn nicht eine entgegenstehende Vereinbarung, die auch in der Abrede eines festen Gehalts bestehen kann, getroffen ist. Die Tatsache, daß eine Person Unternehmerrisiko trägt oder nicht trägt, ist also für die Abgrenzung nicht absolut entscheidend[20]).

Die Gewährung einer Erfolgsvergütung und damit die Uebernahme eines Arbeitsrisikos ist jedoch typisch für den Handlungsagenten[21]); denn einmal ist er vermöge seiner persönlichen Selbständigkeit in der Lage, dieses Risiko zu tragen, weil er es beherrscht[22]). Zum andern wird bei dem im Wirtschaftsleben allgemein ersichtlichen Bestreben aller Unternehmer, Risiko möglichst auf andere abzuwälzen, dem Handlungsagenten meist auch tatsäch-

---

19) Vgl. Schmidt-Rimpler S. 27; Horne S. 64; a. A. Sperling S. 26; Schäfer-Somborn S. 22; Gierke S. 117; offenbar auch RAG. 19/113 und 274.

20) A. A. offenbar Schlegelberger § 59 Anm. 18; Jonas (16) § 1 VIII A 1a α N 79, Arb. R. S. RAG. 31/381 (384); 17/420; LAG. 32/83.

21) Müller-Erzbach S. 150; Fuchs S. 119; Warncke S. 182; Arb. RS. RAG. 12/275, 25/226 (228), 30/41; RAG. 6/231, 12/252.

22) Gefahrtragungsgedanke von Müller-Erzbach S. 149/150; so auch Hueck Arb.RS. RAG. 17/66 (71).

lich das Arbeitsrisiko überbürdet. Dieses überwiegt, selbst bei größeren Agenturbüros, bei denen die Unterhaltung von Geschäftsräumen u.a.m. erheblichen Kapitaleinsatz erfordert, das Kapitalrisiko, das der Agent etwa zu tragen hat. Der Schwerpunkt des Agenturbetriebes liegt in der persönlichen Arbeit des Agenten[23]). Das Agenturgewerbe ist ein arbeitsintensives Gewerbe, es zählt zu den „Arbeitsgeschäften" des Handels[24]). Dies unterscheidet den Handlungsagenten von einer Vielzahl sonstiger Unternehmer und nähert ihn manchem Gefolgsmann, der, wie etwa der Akkordarbeiter, vermöge seiner besonderen Fähigkeiten Arbeitsrisiko in beschränktem Umfang tragen kann. Allerdings ist dieses Risiko des Gefolgsmanns anders geartet: es ist fast unabhängig von äußeren Einflüssen und wird von dem Gefolgsmann kraft seiner besonderen Fähigkeiten souverän beherrscht. Da diese Fähigkeiten ihre Grenzen haben, wird solches Risiko von ihm auch nur in beschränktem Umfang übernommen werden. Der Unternehmer dagegen, auch der Handlungsagent, trägt ein Risiko, das — von den verschiedensten Umständen der Außenwelt abhängig — er nur besser als andere Personen beherrscht. Es steht in keiner so unmittelbaren Wechselbeziehung zu seinen Fähigkeiten wie dies beim Akkordarbeiter der Fall ist und kann daher oft sehr weit gehen.

Allgemein ergibt sich nach all dem ein allerdings nur typisches Unterscheidungsmerkmal für die Abgrenzung des Handlungsagenten vom Handlungsgehilfen: während der Agent regelmäßig in ausgedehntem Maße Arbeitsrisiko trägt, bleibt für den Handlungsgehilfen die Uebernahme eines auch nur beschränkten Arbeitsrisikos die Ausnahme.

Der wirklich freie Handlungsagent, dessen Tätigkeit darauf abzielt, für möglichst viele Geschäftsherrn möglichst viele Kunden zu gewinnen, trägt solches Arbeitsrisiko in

---

23) Behm a.a.O. S. 148.
24) Gareis § 54.

zweifacher Richtung. Die Kundenwerbung, die „Produktion von Kauflustigen", erfordert erheblichen Arbeitseinsatz, dessen Erfolg von seiner persönlichen Geschicklichkeit und mancherlei Zufällen abhängt. Das Arbeitsrisiko des Handlungsagenten ist also zunächst Produktionsrisiko. Aber auch die Gewinnung vieler Geschäftsherrn, die Absatzgestaltung des Handlungsagenten, bedingt riskanten Arbeitsaufwand. Der freie Handlungsagent trägt dauernd über den einzelnen Vertrag hinaus noch das eigenartige Risiko der zukünftigen Verwertung seiner vollen eigenen Arbeitskraft. Er ist gewissermaßen „sein eigenes Arbeitsnachweisbüro" [25]). Sein Arbeitsrisiko ist teilweise auch Absatzrisiko. Der Handlungsagent, der derartiges Absatzrisiko nur begrenzt oder gar nicht trägt, ist in seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit beschränkt.

5. Wirtschaftliche Selbständigkeit und Stärke.

Viele Unternehmer zeichnen sich durch wirtschaftliche Selbständigkeit und Stärke aus. Auch der Handlungsagent, der für viele Geschäftsherrn noch dazu der gleichen Branche tätig ist, besitzt eine erhebliche wirtschaftliche Selbständigkeit. Wenn er über einen ausgedehnten Kundenkreis verfügt, kommt ihm, da seine Tätigkeit das Zentrum des wirtschaftlichen Interesses seiner Geschäftsherrn, den Absatz betrifft, auch eine ansehnliche wirtschaftliche Stärke zu. Dieser wirtschaftlich selbständige und wirtschaftlich starke Unternehmer ist der Idealtyp des Handelsrechts.

Wirtschaftliche Selbständigkeit im allgemeinsten Sinne ist in hohem Maße von äußeren Umständen, von konjunkturellen Schwankungen und strukturellen Veränderungen der Gesamtwirtschaft abhängig. Wirtschaftlich selbständig im Sinn von konjunktureller Unabhängigkeit ist kein Unternehmer, da jedes wirtschaftliche Einzelschicksal mit dem der Gesamtwirtschaft eng verbunden ist. Diese Art

25) Schmidt-Rimpler S. 30.

von wirtschaftlicher Selbständigkeit kann also für den Unternehmerbegriff nicht wesentlich sein.

Wirtschaftliche Selbständigkeit kann aber auch wirtschaftliche Unabhängigkeit von anderen Unternehmern bedeuten. Arbeitet der Handlungsagent etwa nur für einen Geschäftsherrn, so ist er von diesem Geschäftsherrn wirtschaftlich abhängig, weil der Verlust dieser seiner einzigen Geschäftsverbindung seine wirtschaftliche Existenz bedrohen würde. Die Gefahren einer derartigen wirtschaftlichen Abhängigkeit sind für den Handlungsagenten besonders groß, weil er als Inhaber eines arbeitsintensiven Gewerbes auf die Verwertung seiner Arbeitskraft meist unter allen Umständen angewiesen ist. Aber sie berühren seine Unternehmereigenschaft nicht, solange er in persönlicher Selbständigkeit seinen Geschäftsorganismus noch eigenverantwortlich leitet und sich auf diese Weise seine wirtschaftliche Selbständigkeit wieder zurückgewinnen kann. Er bleibt selbständiger Kaufmann und als persönlich selbständiger Leiter eines Geschäftsorganismus Unternehmer im Sinn des geltenden Rechts. Wirtschaftliche Selbständigkeit ist für den Unternehmerbegriff nicht wesentlich. Ebensowenig ist die wirtschaftliche Abhängigkeit für den Gefolgsmannsbegriff wesentlich, weil sie eine zu allgemeine Erscheinung des Wirtschaftslebens ist. Wirtschaftliche Selbständigkeit und Abhängigkeit sind zur Abgrenzung zwischen Handlungsagent und Handlungsgehilfe ungeeignet, weil ihnen eine unmittelbare und innere Beziehung zur Tätigkeit der betroffenen Personen überhaupt fehlt[27]).

---

26) Vgl. § 1 Abs. 2 Ziff. 7 BGB.

27) Hueck Grundruß S. 36; Nikisch Grundformen S. 95; Molitor Wesen S. 73, ebenso Molitor-Hueck-Riezler S. 70; Schulte S. 13 u. 26; Richter Grundverhältnisse S. 13/15; Horne S. 48; Jacobi S. 52; Defiebre S. 10; Hueck-Nipperdey-Dietz § 1 Anm. 10; Röhrig S. 33; ArbRS. 8/451 (455), 36/143 und oft, a. A. Melsbach (S. 18/21), der allein auf die wirtschaftliche Abhängigkeit abstellen will; früher schwankend, persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit für bedeutsam erklärend: RAG. und andere Gerichte z. B. ArbRS. 4/143, 13/43 u. 311, 21/26, 31/265; LAG. 19/84, 35/3; Flatow-Joachim S. 72; Johannes S. 17.

„Die rechtliche Natur des Arbeitsvertrags kann nicht dadurch berührt werden, daß der Arbeitende von dem andern, dem die Arbeit geleistet wird, wirtschaftlich abhängt. Oder welcher Unterschied sollte sein zwischen dem wohlhabenden Manne, der eine Stelle als Lehrer, als Ingenieur oder Bahnbeamter annimmt oder sich etwa aus sozialem Interesse als Fabrikarbeiter verdingt und einem andern, der ganz die gleiche Tätigkeit ausübt, auf sie jedoch zur Fristung seines Lebens angewiesen ist?“ [28]).

Ebenso unwesentlich für den Unternehmerbegriff ist das Merkmal der wirtschaftlichen Stärke. Die wirtschaftliche Stärke eines Unternehmers beruht auf dem Ausmaß seiner Produktion. Sie ist vielfach gering im Gründungsstadium eines Unternehmens oder auf die Dauer bei mangelnder Geschicklichkeit des Unternehmers. In beiden Fällen sprechen wir den betroffenen Personen die Unternehmereigenschaft nicht ab, sprechen vielmehr von kleinen Unternehmern, im Handelsrecht von Minderkaufleuten (§ 4 HGB.). Wir verneinen wegen wirtschaftlicher Schwäche die Unternehmereigenschaft nicht, weil die private Initiative auch in den Geschäftsorganismen dieser Personen noch wirkt und sie durch Erhöhung der Produktion zu wirtschaftlicher Stärke führen kann.

§ 2. Die Abgrenzung des Handlungsagenten vom Handlungsgehilfen.

1. Allgemeines.

Die Frage der Abgrenzung des Handlungsagenten vom Handlungsgehilfen ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Sowohl die materielle Rechtslage einer Person als auch ihre prozessuale Behandlung ist verschieden, je nachdem sie Handlungsgehilfe oder Handlungsagent ist; sind doch für die Rechtsstreitigkeiten zwischen Handlungsgehilfen und ihren Prinzipalen aus dem Arbeitsverhältnis die Arbeitsgerichte ausschließlich zuständig (§ 2 ArbGG.),

28) Nikisch Grundformen S. 95.

während die Rechtsstreitigkeiten zwischen Handlungsagenten und ihren Geschäftsherrn aus dem Agenturvertrag — wenn wir zunächst einmal von den arbeitnehmerähnlichen Agenten absehen — den ordentlichen Gerichten unterfallen. Wir sahen, daß weder das Vorliegen eines Treueverhältnisses, noch die Tragung eines Unternehmerrisikos, noch der Umfang der wirtschaftlichen Selbständigkeit eine klare allgemeingültige Abgrenzung des Handlungsagenten vom Handlungsgehilfen ermöglichen. Das entscheidende Kriterium des Handlungsagenten ist vielmehr seine persönliche Selbständigkeit. Demgegenüber ist der Handlungsgehilfe als Gefolgsmann des Arbeitsrechts zur Arbeit in persönlich abhängiger Stellung verpflichtet[29]). Wann aber liegt eine derartige persönliche Selbständigkeit oder Abhängigkeit vor?

Die Selbständigkeit des Handlungsagenten und die Unselbständigkeit des Handlungsgehilfen sind keine schroffen Gegensätze, sondern nur Gegenpole. Die Vielgestaltigkeit des Lebens läßt die verschiedensten Schattierungen zwischen beiden Extremen möglich erscheinen. Nicht die persönliche Unselbständigkeit schlechthin, sondern nur ein gewisser Grad, die persönliche Abhängigkeit, kann also für die Ahgrenzung entscheidend sein[30]). Um eine scharfe allgemeingültige Grenzlinie zwischen beiden Rechtstypen zu schaffen, müßte ein allgemeiner Tatbestand gefunden werden, bei dessen Vorliegen jener fragliche Grad persönlicher Unselbständigkeit stets angenommen werden kann. Die Rechtswissenschaft hat versucht, diesen Tatbestand zu finden.

---

29) Schmidt-Rimpler S. 21, Lehmann S. 127, Hueck Grundriß S. 37 und Anmerkung ArbRS. RAG. 5/29, Hueck-Nipperdey § 8 III, Müller-Erzbach S. 149, Baumbach § 5 Anm. 6 Carstens 113, ArbRS. RAG. 7/451, 12/63, 220, 230, 16/273, 17/66, 20/302, 25/251, 27/5, 28/44, 29/35, 30/40, 31/381, 32/221, 33/320, 34/45, 15/505; LAG. 30/58.

30) Hueck-Nipperdey I S. 40, Höhne S. 41, RAG. 1/252.

2. Abgrenzungsversuche.

a) Gattungsarbeit.

Höniger [31]) versuchte, durch Einteilung der verschiedenen Arbeitsleistungen — entsprechnd den Sachleistungen — in Gattungs- und Speziesarbeit einen allgemeinen Tatbestand der „abhängigen Arbeit" zu finden. Wer sich nicht zu einer bestimmten vertraglich festgelegten Arbeitsleistung, sondern zur Leistung von Arbeit schlechthin verpflichte, deren Konkretisierung im Einzelfall dem Unternehmer überlassen bleibe, verrichte Gattungsarbeit und sei „Gefolgsmann" im Sinne des Arbeitsrechts. Gattungsarbeit liege dabei solange vor, als nicht eine völlige individuelle Bestimmtheit der Leistung eingetreten sei. Wenn auch beim Handlungsagenten die Art der zu leistenden Dienste von vorneherein meist näher bestimmt sein mag, so bildet diese Bestimmung doch nur den Rahmen seiner Tätigkeit. Eine völlig individuelle Bestimmung findet nicht statt. Schon Nikisch [32]), der sich im übrigen der Theorie Hönigers anschloß, erkannte, daß jedenfalls eine derartig weite Ausdehnung des Begriffs „Gattungsarbeit" keine brauchbare Abgrenzung ermögliche; denn fast bei jeder Arbeit bleibe noch etwas zu bestimmen. Der Einzelleistung müsse die „artbestimmte Arbeit" gegenübergestellt werden.

Auch diese Gegenüberstellung ermöglicht keine Abgrenzung [33]). Sie entspringt, wenn auch unbewußt, einem Rechtsdenken, das die Arbeit im Rechtsverkehr als eine Art verfügbare Ware behandelt und sie als solche in den Mittelpunkt des Arbeitsrechts stellt. Sie widerspricht unserer heutigen Auffassung, die in der auf Treue und Für-

---

31) Vgl. Höniger-Wehrle, Einleitung S. XXVII, so auch Jacobi S. 54/55, Vallbracht S. 24.

32) Grundformen S. 119.

33) Molitor ZBH. 28/35, Höhne 41; — auch Nikisch gab das Merkmal der Artbestimmtheit als unbrauchbar ausdrücklich auf, vgl. Jh. Jb. 80/1 ff.

sorge gegründeten Arbeitsgemeinschaft das entscheidende Charakteristikum des Arbeitsverhältnisses erkennt und auch beim Agenturvertrag die vertraute Zusammenarbeit hervorhebt. Eine absolut genaue Bestimmtheit oder eine ganz allgemeine Unbestimmtheit der Arbeitsleistung ist weder im Rahmen des Arbeits- noch des Agenturverhältnisses denkbar. Die Art und Weise der Arbeitsleistung bestimmt sich vielmehr beim Agenturvertrag ebenso wie beim Handlungsgehilfenvertrag im Einzelfalle stets nach der der Sachlage entsprechenden Treuepflicht bezw. Treuebindung, ist also von vorneherein im allgemeinen bestimmt, im Einzelfalle unbestimmt, aber bestimmbar.

b) Fremdbestimmte Arbeit.

Schmidt-Rimpler[34]) glaubte, daß der Umfang des Selbstbestimmungsrechts bezüglich der Art und Weise ihrer Arbeitsleistungen — negativ ausgedrückt die „Fremdbestimmtheit" der Tätigkeit (S 23) — für die Abgrenzung zwischen Handlungsagent und Handlungsgehilfe geeignet sei. „Fremdbestimmtheit" der Arbeitsleistung liege vor, wenn eine Person 1. Gattungsarbeit verspreche, 2. im Rahmen der Tätigkeit, zu der sie sich verdungen habe, rechtlich schlechthin zu tun habe, was der Anstellende bestimme, 3. innerhalb bestimmter Zeiträume während der Anstellungszeit rechtlich schlechthin von der zeitlichen Verteilung der Arbeit durch den Anstellenden abhängig sei und 4. eine Tätigkeit verrichte, die ein in der Dauerordnung der Organisation vorgesehenes Mittel darstelle, das nicht nur ganz kurzfristig Verwendung finden solle. Schmidt-Rimpler erkannte, daß sich Handlungsagent und Handlungsgehilfe in den Punkten 1. und 4. gleichstehen oder wenigstens gleichstehen können, daß also nur die Punkte 2. und 3. für eine Abgrenzung beider Rechtstypen geeignet seien. Indem er trotzdem Punkt 1. mit 4. unter dem Begriff der Fremdbestimmtheit zusammenfaßt und ihn zur Abgrenzung verwenden will, macht er jedenfalls eine klare

34) S. 21 ff., so auch Schulte S. 15.

Abgrenzung unmöglich; denn ein Merkmal, das sich teilweise aus Elementen zusammensetzt, die mit beiden Rechtstypen vereinbar sind, kann keine klare Abgrenzung liefern[35]). Aber auch die Merkmale unter 2. und 3. allein, also die Fremdbestimmtheit bezüglich der Art und Zeit der Arbeitsleistung, ergeben keinen allgemeinen Tatbestand, bei dem jener Grad von persönlicher Unselbständigkeit, der für den Handlungsgehilfen begriffswesentlich ist, stets angenommen werden könnte; denn es gibt Handlungsgehilfen, die z. B. infolge ihrer besonderen Fähigkeiten eine bezüglich der Art ihrer Tätigkeit und ihrer Zeiteinteilung freiere Stellung haben, während andererseits Handlungsagenten fremden Bestimmungen, den Weisungen ihrer Geschäftsherrn, wenigstens insoweit unterworfen sind, als sie deren Interesse mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen haben. Nur bei einem gewissen Maß von Fremdbestimmung wird abhängige Arbeit geleistet. Dieses Maß entspricht dem Grad der persönlichen Unselbständigkeit. Das Merkmal der Fremdbestimmtheit gibt uns keine Lösung unseres Problems, sondern verschiebt es nur auf eine andere Ebene[36]).

c) Anstellung auf Zeit.

Jacobi[37]) sah neben der Leistung von Gattungsarbeit im Anschluß an Nikisch[38]) in der Anstellung auf Zeit das entscheidende Kriterium dafür, daß abhängige Arbeit geleistet wird. Es müßten, damit ein arbeitsrechtliches Arbeitsverhältnis bestehen könne, die Beziehungen zwischen beiden Vertragsparteien von einer gewissen Dauer

35) Horne S. 30.

36) Die Fremdbestimmtheit als Abgrenzungsmerkmal lehnen ab: Nikisch Grundformen S. 11 und 106, auch dann, wenn die rechtliche Möglichkeit der Bestimmung, nicht auch die tatsächliche Ausübung darunter verstanden wird; Höniger S. XXXIII; Molitor ZBH. 28/38.

37) S. 45.

38) Grundformen S. 187/188.

sein[39]). Die längere Dauer des Vertragsverhältnisses kann zwar eine bestehende Abhängigkeit verstärken. Aber sie verstärkt weniger die persönliche als vielmehr die wirtschaftliche Abhängigkeit. Das Merkmal der Dauerhaftigkeit ist bestenfalls ein Symptom für persönliche Abhängigkeit[40]). Zur Abgrenzung des Handlungsagenten vom Handlungsgehilfen ist es jedoch völlig ungeeignet, weil auch das Agenturverhältnis ein Dauerverhältnis ist.

d) Eingliederung in einen fremden Geschäftsorganismus (Betrieb, Betriebsgemeinschaft).

Schließlich glaubte man jenen allgemeinen Tatbestand in der Eingliederung einer Person in einen fremden Geschäftsorganismus gefunden zu haben[41]). Dieses Merkmal ist geeignet, eine Begründung für die persönliche Abhängigkeit des Gefolgsmanns zu geben. Um den Betriebszweck zu erreichen, ist ein ordnender Wille erforderlich. Der Führer des Betriebes muß kraft seiner Organisationsgewalt an der Spitze seines aus persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln zusammengefaßten Geschäftsorganismus stehen. Seine Befehlsgewalt bedingt eine Gehorsamspflicht der Gefolgsleute, die sich nicht in einer bloßen schuldnerischen Haftung erschöpft. Es besteht vielmehr ein Subordinationsverhältnis, dessen Folge die persönliche Abhängigkeit auch des Handlungsgehilfen ist. Der Gefolgsmann kann über Arbeitszeit und

39) Oertmann S. 2, Nipperdey (Staudinger Vorb. II, 3 vor § 611; Molitor Wesen S. 73 und Schlichtungswesen S. 26; Dersch-Volkmar S. 164, Flatow-Joachim S. 72, Johannes S. 20.

40) Nikisch Grundformen S. 118.

41) Titze S. 545, Molitor ZBH. 28/33ff. (37) und Arbeitsrecht S. 35, Lehmann S. 127, Cosack S. 197, Hueck, in Rechtsprechung S. 324, Hueck-Nipperdey-Dietz § 1 Anm. 10, Schulte S. 20 und 29, Oertmann S. 12/13, Nipperdey Beiträge S. 116, Schäfer-Somborn S. 21, Defiebre S. 9, Horne S. 8 u. 41, Vallbracht S. 62, Fischer S. 8, ArbRS. RAG. 15/505, 17/420, 27/7, 30/40, 33/320, 34/45, LAG. 30/58; so auch das Thüringische Grundsteuergesetz vom 23. 7. 1926, das davon spricht, daß der Handlungsgehilfe „zum Organismus des Geschäfts" gehören müsse.

Arbeitsweise nicht mehr nach eigenem Ermessen verfügen. Er wird ständig überwacht und dirigiert[42]).

Eine Lösung unseres Problems ist jedoch auch durch die Einführung des Merkmals der Eingliederung in den Geschäftsorganismus oder Betrieb nicht möglich. Wann soll eine derartige Eingliederung vorliegen? Wollte man sie schon dann annehmen, wenn eine Person für die Interessen des Geschäftsorganismus tätig wird, so müßte auch der Handlungsagent als „eingegliedert" angesehen werden. Aber selbst wenn nicht die Zweckbestimmung, sondern die Beeinflussung des Verlaufs der Tätigkeit entscheidend sein soll, ist jenes Merkmal zur Abgrenzung ungeeignet. Wann findet eine derartige Beeinflussung statt? Wollte man dazu eine räumliche Eingliederung verlangen, so wäre auch der angestellte Handlungsreisende nicht eingegliedert. Versteht man unter Eingliederung die Unterordnung unter die Befehlsgewalt des Betriebsführers[43]), dann fragt sich, welches Maß von Unterordnung erforderlich ist, da auch der Handlungsagent den Weisungen seines Geschäftsherrn zu folgen hat, ihm also in gewissem Umfang untergeordnet ist. Diesem Maß von Unterordnung entspricht der Grad seiner persönlichen Unselbständigkeit. Das Merkmal der Eingliederung in einen fremden Geschäftsorganismus oder der Unterstellung unter das Direktionsrecht des Betriebsführers ermöglicht keine Lösung unseres Problems, sondern verschiebt es wiederum nur auf eine andere Ebene[44]).

Aehnlich verhält es sich mit dem Merkmal der Eingliederung in eine Betriebsgemeinschaft. Denn es fragt sich, wann eine wirkliche Eingliederung in die Betriebs-

42) Titze S. 551, Schlegelberger § 59 Anm. 18, Schmidt-Rimpler S. 25/27, Vallbracht S. 24 u. 29, Gierke 115, Defiebre 54.

43) Oertmann S. 32, Nipperdey (Staudinger) Vorbem. II, 3 vor § 611.

44) Hueck Grundriß S. 37, Nikisch Grundformen S. 183, Höhne S. 46; auch Titze S. 561 und Molitor (Molitor-Hueck-Riezler S. 71) erkannten, daß das Merkmal der Eingliederung eine feste Abgrenzung nicht ermögliche.

gemeinschaft vorliegt und wann umgekehrt jemand sich zur Dienstleistung verpflichtet, ohne der eigentlichen Betriebsgemeinschaft anzugehören. Dafür bleibt das Maß der Gehorsamspflicht, der Grad der persönlichen Unselbständigkeit entscheidend[45]).

e) Arbeitsgemeinschaft.

In neuerer Zeit endlich glaubte man, daß der Tatbestand der Arbeitsleistung im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft zur Abgrenzung zwischen Arbeits- und Handelsrecht und damit zwischen Handlungsgehilfe und Handlungsagent geeignet sei[46]); denn jedes Arbeitsverhältnis stelle eine personenrechtliche Arbeitsgemeinschaft dar. Wann aber besteht eine solche Arbeitsgemeinschaft?

Jedenfalls kann für die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Normen nicht eine innere Einstellung, wie Dersch[47]) meint, etwa das Vorhandensein wirklicher Gemeinschaftsgesinnung maßgebend sein[48]). Erforderlich ist vielmehr, daß ein auch äußerlich in Erscheinung tretendes Führer-Gefolgschaftsverhältnis vorliegt, daß ein Führer die Kräfte der Gemeinschaft zu vollem Einsatz bringen kann. Jener Führerstellung einerseits aber entspricht ein gewisser Grad von Unterordnung andererseits, der sich nach außen in persönlicher Abhängigkeit offenbart. Nur bei dem Grad von persönlicher Abhängigkeit, den wir zu definieren versuchen, besteht jene arbeitsrechtliche Arbeitsgemeinschaft. Auch die Einführung des Tatbestands der Arbeitsgemeinschaft gibt uns also keine Lösung unseres Problems, sondern sieht es nur von einer anderen Seite.

f) Ergebnis.

Alle Versuche der Rechtswissenschaft einen allgemeinen Tatbestand zu finden, bei dessen Vorliegen stets

45) Hueck Anm. ArbRS. RAG. 29/65.
46) Siebert Arbeitsverhältnis S. 55, Nipperdey ZADR. 35/911, Nikisch Arbeitsrecht S. 4 und Festschrift für Lehmann S. 290, Dersch ArbRS. RAG. 25/254.
47) Dersch ArbRS. 25/254.
48) Hueck Grundriß S. 37.

derjenige Grad von persönlicher Unselbständigkeit, den wir als Abhängigkeit bezeichnen, angenommen werden kann, scheiterten. Sie mußten erfolglos bleiben, weil zwischen völliger Selbständigkeit und vollkommener Unselbständigkeit die verschiedensten Abstufungen bestehen. Unter ihnen im Einzelfalle die Selbständigkeit von der Unselbständigkeit zu scheiden, ist nur auf Grund der herrschenden Verkehrsanschauung möglich[49]). Mit besonderer Klarheit ergab sich dies — wie Molitor[50]) feststellte — aus dem früheren Begriff des „Arbeitgebers", der entsprechend der damaligen Gesellschaftsordnung für die Abgrenzung der beiden Partner des Arbeitsvertrags einen sozialen Unterschied, der im Einzelfalle nur unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung erkannt werden konnte, entscheidend sein ließ. Sonst wäre nicht verständlich gewesen, warum derjenige, der Arbeit leistet, also gibt, als Arbeitnehmer und umgekehrt derjenige, der Arbeit empfängt, als Arbeitgeber hätte bezeichnet werden können. Hierin habe der Sprachgebrauch zum Ausdruck bringen wollen, daß der Unternehmer gegenüber dem Gefolgsmann eine stärkere Stellung habe, deren Beurteilung in Zweifelsfällen nur durch die Verkehrsauffassung möglich sei. Die für die damalige Zeit maßgebende soziale Verschiedenwertigkeit beider Partner kann zwar heute nicht mehr entscheidend sein. Aber auch heute ist die Verkehrsanschauung für die Abgrenzung im Einzelfalle ausschlaggebend; denn sie bestimmt, ob ein arbeitsrechtliches Führer-Gefolgschaftsverhältnis vorliegt oder nicht. So gesehen ist die persönliche Abhängigkeit ein wertausfüllungsbedürftiger Begriff und einer Abstrahierung unzugänglich. „Es handelt sich nicht um rechtliche, sondern um soziale Erscheinungen, die sich aus sehr verschiedenartigen vertraglichen Tatbeständen ergeben können"[51]).

---

49) Hueck-Nipperdey I S. 88, Titze S. 561, Horne S. 30, RGZ. 87/440 ff.

50) Schlichtungswesen S. 26.

51) Nikisch Grundformen S. 104.

3. Gestaltung der persönlichen Abhängigkeit.

Die persönliche Abhängigkeit wird in der Regel zweifacher Art sein: einmal ist sie eine Folge der Begründung einer arbeitsrechtlichen Arbeitsgemeinschaft, eines Führer-Gefolgschaftsverhältnisses, das dem Unternehmer als dem Führer dieser Arbeitsgemeinschaft ein Direktionsrecht bezüglich der Art und Weise ihrer Ausgestaltung einräumt und den Gefolgsmann verpflichtet dieses Recht anzuerkennen, indem er sich unterordnet. Sie ist also Abhängigkeit vom Willen des Unternehmers als Führers der Arbeitsgemeinschaft. Diese Arbeitsgemeinschaft ist ein Treueverhältnis, das für den Gefolgsmann über den Rahmen der unmittelbaren Arbeitspflicht hinaus seine ganze Persönlichkeitssphäre beeinflußt[52]). Wettbewerbsverbot, Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, erhöhter Arbeitseinsatz in Notzeiten, Unterlassung von Kreditschädigungen, Pflicht zur Anzeige von Störungen im Arbeitsvorgang und drohender Schäden, Schmiergeldverbot sind die wesentlichen Auswirkungen dieser Treuepflicht. Wir können ganz allgemein sagen: die Pflicht zur grundsätzlich unbeschränkten Unterordnung unter den Unternehmer als Führer der Arbeitsgemeinschaft, deren Grenzen sich aus dem Wesen der Arbeitsgemeinschaft als einer Treuegemeinschaft ergeben, begründet persönliche Abhängigkeit. Eine etwa durch besondere Fähigkeiten bedingte nur tatsächlich freiere Arbeitsgestaltung ist demgegenüber bedeutungslos.

Neben dieser Abhängigkeit vom Willen des Unternehmers als Führers der Arbeitsgemeinschaft steht — nicht notwendig — in der Mehrzahl der Fälle eine persönliche Abhängigkeit von dem Willen der Betriebsgemeinschaft als Personengemeinschaft, die sich daraus herleitet, daß der einzelne Gefolgsmann als Glied dieser Gemeinschaft, die versucht eine gemeinsame Arbeitsleistung zu vollbringen, eine bestimmte Funktion erfüllt. Diese Abhängigkeit ist nicht Folge der Unterordnung unter den Willen

52) Vallbracht S. 62/63.

einer Einzelperson, sondern unter denjenigen einer Gemeinschaft[53]). Der Unternehmer als Betriebsführer setzt auch diesen Willen durch, sodaß in der Mehrzahl der Fälle die Abhängigkeit in ihrer zweifachen Gestaltung äußerlich nicht in Erscheinung treten wird. Dies ändert jedoch nichts an ihrer begrifflichen Doppelnatur, die wir deshalb anerkennen müssen, weil die Eingliederung in eine Betriebsgemeinschaft, die Abhängigkeit von einem Gemeinschaftswillen keine begriffsnotwendige Voraussetzung dafür ist, daß abhängige Arbeit geleistet wird[54]). Das Merkmal der Eingliederung oder Nichteingliederung in eine Betriebsgemeinschaft ist kein absolutes Abgrenzungsmerkmal für die Grenzziehung Handlungsgehilfe-Handlungsagent. Eines allerdings ist beachtlich: nur der Handlungsgehilfe, nie dagegen der Handlungsagent, kann in solcher Weise eingegliedert sein. Auch er arbeitet zwar mit seinem Geschäftsherrn zusammen; aber er ist nie dienendes Glied einer Betriebsgemeinschaft. Wenn also die Sachlage des Einzelfalles eine Eingliederung in einen Betrieb erkennen läßt, ist die Annahme eines Agenturverhältnisses stets ausgeschlossen.

Die daneben oft in Erscheinung tretende technische Abhängigkeit von materiellen Betriebsmitteln, Maschinen u.a.m., wie sie Brauer (S. 63) untersucht hat, beschränkt zwar auch die persönliche Selbständigkeit. Aber sie ist nicht persönliche Abhängigkeit, d. h. Abhängigkeit vom Willen einer Person oder einer Personengemeinschaft.

4. Abgrenzungssymptome.

a) Allgemeines.

Nachdem ein allgemeiner, festumrissener Tatbestand, aus dem die Rechtsfolge der abhängigen Arbeit hergeleitet werden könnte, nicht zu finden ist, kann die Abgrenzung des Handlungsagenten vom Handlungsgehilfen nur von Fall zu Fall erfolgen. Aus der Erkenntnis des We-

53) Aehnlich Nikisch Arbeitsrecht S. 4.
54) Vgl. Begründung zu § 1 Entwurf.

sens der persönlichen Abhängigkeit des Handlungsgehilfen und der möglichen oder wesentlichen Folgen der Selbständigkeit des Handlungsagenten lassen sich verschiedene Symptome herleiten, die für persönliche Selbständigkeit oder Abhängigkeit sprechen können. Sie ergeben sich weniger aus dem Wortlaut des Vertrags als vielmehr aus der tatsächlichen Gestaltung der Beziehungen zwischen beiden Vertragsparteien[55]).

Wir können diese Symptome in 3 Gruppen einteilen. Im Innenverhältnis ermöglichen die Merkmale der „Arbeitsgestaltung", da eine besonders eigenartige Arbeitsgestaltung persönliche Abhängigkeit erst begründet, bei wertender Betrachtung eine verhältnismäßig sichere Abgrenzung. Die Merkmale der „Risikogestaltung" dagegen sind nur mit Vorsicht zu gebrauchen, weil sie nur denkbare, nicht notwendige Folgen der persönlichen Selbständigkeit oder Abhängigkeit des Vertreters sind. Im Außenverhältnis ist die Existenz eines eigenen Geschäftsorganismus eine begriffsnotwendige Folge der Selbständigkeit des Handlungsagenten. Die Symptome der „Geschäftsgestaltung" bilden daher, soweit sie nicht aus besonderen Gründen falsch gesetzt sind, gleichfalls verhältnismäßig sichere Abgrenzungsmerkmale. Im ganzen gesehen bilden die einzelnen Symptome jedoch auch nur unsichere „Krücken des Rechts", die bei dem Gang über den steinigen Pfad der Rechtsfindung keinen sicheren Halt verleihen[56]). Erst die wertende Betrachtung des gesamten Sachverhaltes wird eine endgültige Entscheidung ermöglichen, weil der Begriff der persönlichen Selbständigkeit ein wertausfüllungsbedürftiger, an der Verkehrsanschauung orientierter Begriff ist[57]).

---

55) RAG. 15/339 (342).

56) Molitor Wesen S. 111.

57) ArbRS. RAG. 2/145 (147); 5/27 (29), 8/451 (455), 9/283, 33/320; ARK. „Handlungsgehilfe" Einzelfälle 3, RGZ. 87/440 f., OLG. 8/389, 14/346, 27/318, Schlegelberger § 84 Anm. 5, Pracht S. 24, Warncke S. 181, Schmidt S. 18/19, Scheider S. 14, Molitor ZBH. 28/35.

b) Arbeitsgestaltung.

Persönlich selbständig ist, wer sich seine Arbeitszeit grundsätzlich frei einteilen kann[58]). Eine Beschränkung der freien Zeiteinteilung, z. B. die Einhaltung bestimmter Geschäftsstunden[59]) oder die Verpflichtung, sich täglich zu einer bestimmten Zeit beim Geschäftsherrn zu melden[60]), sprechen für persönliche Abhängigkeit[61]).

Die Art und Weise, wie die Arbeitsleistung, also insbesondere die Kundenwerbung erfolgt, kann für die Abgrenzung ebenfalls Fingerzeige geben[62]). Allerdings sind sowohl ein allgemeines Weisungsrecht des Geschäftsherrn[63]) also auch eine allgemeine Pflicht zur Interessenwahrung des Vertreters[64]) mit Agentur- und Handlungsgehilfenverhältnis vereinbar.

Soweit die Weisungen des Geschäftsherrn nur die Art der Vermittlung oder die Ausgestaltung der vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfte betreffen, bleibt der Agent eigener Herr der Organisation seines Betriebs und Wirkungskreises[65]). Die Zuweisung eines bestimmten Bezirks (vgl. § 89 HGB.) oder die Ausgabe allgemeiner Richtlinien für die Kundenwerbung sind Ausflüsse dieser allgemeinen Weisungsbefugnis. Dagegen ist es mit der persönlichen Selbständigkeit des Handlungsagenten unvereinbar, daß er verpflichtet ist, in den Räumen des Geschäftsherrn zu arbeiten[66]) oder daß ihm die Reiseroute vorgeschrieben wird, indem er täglich oder wöchentlich bestimmte Straßenzüge zu bearbeiten hat[67]).

---

58) RAG. 2/145 ARK. Handlungsgehilfe Einzelfälle 3, ArbRS. LAG. 19/84, 35/3, OLG. 6/350, 12/243, Pracht S. 24.
59) ArbRS. RAG. 30/41.
60) Rspr. Arb. 32/270.
61) Hueck-Nipperdey-Dietz § 1 Anm. 15, Carstens 113, Warncke 181, Sperling 27, Königstein-Graus S. 11, Höhne S. 35.
62) RGZ. 87/440 ff., Warncke 181, Schmidt-Rimpler 33.
63) ArbRS. RAG. 28/44, 33/320, Schäfer-Somborn 20, Warncke 182, Volkmar ArbGer. 27/154.
64) RAG. 15/342,
65) Schmidt-Rimpler S. 29, Hueck ArbRS. AG. 20/56.
66) ArbRS. RAG. 5/364.
67) Rspr. Arb. 30/193, Pracht S. 24.

Als Ausfluß der allgemeinen Pflicht, die Interessen des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen, erscheint die Pflicht zur Berichterstattung. Sie ist, da sie auch dem Handlungsgehilfen obliegt, zur Abgrenzung ungeeignet[68]). Immerhin kann das Vorliegen einer Abrede über regelmäßige, etwa tägliche Berichterstattung für ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis sprechen[69]). Kommt nämlich die Berichterstattung einer Kontrolle über Arbeitsweise oder Arbeitszeit des Vertreters gleich, so liegt ein Handlungsgehilfenverhältnis vor[70]). Ueber den Rahmen der allgemeinen Interessenwahrungspflicht hinaus geht auch die Verpflichtung, im Falle der Verhinderung eines Berufskollegen dessen Arbeit mitzuerledigen[71]). Das Verbot andere Firmen zu vertreten läßt die Handlungsgehilfeneigenschaft des Vertreters vermuten, während andererseits die Abrede, daß der Vertreter mit Ausnahme der Konkurrenzfirmen auch andere Geschäftsherrn vertreten könne, für die Agenteneigenschaft des Vertreters spricht.

Der Vertreter am fremden Ort — also außerhalb der unmittelbaren Reichweite des Geschäftsherrn — wird in der Mehrzahl der Fälle Handlungsagent sein; denn seine Stellung deutet darauf hin, daß er in seiner Zeiteinteilung und der methodischen Gestaltung seiner Arbeit grundsätzlich frei ist[72]).

c) Risikogestaltung.

Die Risikoübernahme ist ein typisches Merkmal für den Handlungsagenten. Es spricht daher eine gewisse Vermutung dafür, daß der Vertreter, dem eine Erfolgsvergütung gewährt wird, der also Arbeitsrisiko trägt, Hand-

68) ArbRS. RAG. 2/146, 17/139, 25/254, 28/44, ARK. Handlungsgehilfe Einzelfälle 6, ArbRS. LAG. 31/3, AG. 20/56 mit Anm. Hueck, Schlegelberger § 84 Anm. 5, Oppermann Anm. DR. 39/957.

69) Fischer S. 13, ArbRS. RAG. 10/594 (597).

70) Rspr. Arb. 31/118.

71) ArbRS. RAG. 30/123.

72) Staub § 84 Anm. 6, Lehmann S. 127, Jacusiel 18, OLG. 6/350.

lungsagent ist[73]); denn der Geschäftsherr wird bedacht sein, dem Vertreter das Risiko, das er vermöge seiner Selbständigkeit beherrscht, auch tatsächlich zu überbürden. Wie sich aus § 88 HGB. ergibt, ist jedoch die Gewährung einer Erfolgsvergütung keine notwendige Erscheinung des Agenturverhältnisses. Der Handlungsagent kann auch durch festes Gehalt entlohnt werden, während andererseits, wie § 65 HGB. zeigt, riskante Entlohnung mit einem Handlungsgehilfenverhältnis vereinbar ist. Die besonderen Umstände des Einzelfalles können daher trotz der Gewährung einer Erfolgsvergütung die Annahme eines Handlungsgehilfenverhältnisses rechtfertigen[74]).

Die Uebernahme des Delkredere, der Haftung für den Zahlungseingang vermittelter Geschäfte, stellt eine erhöhte Risikoübernahme des Vertreters dar. Es muß ihr, wenn sie gerechtfertigt erscheinen soll, eine erhebliche persönliche Selbständigkeit entsprechen, wie sie nur dem Handlungsagenten zukommt. Delkrederehaftung spricht regelmäßig für die Agenteneigenschaft des Haftenden[75]). Aber auch in dieser Art von Risikoübernahme *kann* sich zwar die persönliche Selbständigkeit des Vertreters ausdrücken, sie *muß* es aber nicht. Es ist denkbar und in der Praxis gar nicht selten vorgekommen, daß ein Geschäftsherr — wenn auch in der Regel mißbräuchlich, die Anwendung des § 138 BGB. rechtfertigend, — einen Handlungsgehilfen zur Delkrederehaftung verpflichtet hat. Die Delkredereübernahme ist eben nur eine denkbare Folge persönlicher Selbständigkeit und daher kein sicheres Abgrenzungsmerkmal.

d) Geschäftsgestaltung.

Nach außen tritt die persönliche Selbständigkeit des Handlungsagenten in der Existenz eines eigenen Ge-

73) Staub § 85 Anm. 6, Schlegelberger § 84 Anm. 5, Lehmann 127, Erdel 91, Albrecht-Tentler S. 5, Schmidt-Rimpler S. 33, Jacusiel 18, Warncke 182, RAG. 15/339 (342) u. 350, ArbRS. LAG. 19/84, 35/3.

74) ArbRS. RAG. 5/27, Carstens 114, Schlegelberger § 59 Anm. 18.

75) Hueck ArbRS. RAG. 17/66 (71).

schäftsorganismus in Erscheinung. Sein Mangel — der sich in der Eingliederung in eine Betriebsgemeinschaft als dienendes Glied offenbaren kann —, ist ein sicheres Anzeichen für persönliche Abhängigkeit[76]).

Dieser Geschäftsorganismus kann sehr verschiedenartig gestaltet sein.

Schon die Führung einer eigenen Firma — die sich in besonderer Weise durch Verwendung firmierter Briefbogen offenbaren kann —, eigener Handelsbücher, einer eigenen Telegrammadresse sind Anzeichen eines derartigen Geschäftsorganismus[77]). Eigene Büro- und Lagerräume, eigenes Personal mit Angestellten und Untervertretern lassen eine umfassende Ausgestaltung erkennen und sprechen nicht minder für die persönliche Selbständigkeit des Vertreters.

Auch der immaterielle Teil dieses Geschäftsorganismus, die Geschäftsverbindungen des Vertreters, können unterschiedlich aufgebaut sein. Der Handlungsagent kann sowohl für mehrere als auch für nur einen Geschäftsherrn tätig sein. Die Tätigkeit für mehrere Firmen spricht mit ziemlicher Sicherheit für die Agenteneigenschaft eines Vertreters, weil der Ausgleich der oft gegensätzlichen Interessen der einzelnen Geschäftsherrn persönliche Selbständigkeit erfordert[78]). Zudem wird ein Handlungsgehilfe nur selten von mehreren Unternehmern beschäftigt[79]). Demgegenüber ist die Tätigkeit des Vertreters für nur einen Geschäftsherrn zur Abgrenzung ungeeignet, weil sie mit Handlungsgehilfen- und Agenteneigenschaft vereinbar und in beiden Rechtsverhältnissen üblich ist[80]).

Ein sehr sicheres Anzeichen für persönliche Selb-

76) Schmidt-Rimpler 33, Lehmann 127, Warncke 181, Baumbach § 5 Anm. 6, RAG. 6/231, 12/252, ArbRS. 17/66, OLG. 24/125.

77) Staub § 84 Anm. 6, RAG. 1/254 = ArbRS. 5/27.

78) Hueck-Nipperdey-Dietz § 1 Anm. 15, Lehmann 127, Erdel 91, Warncke 182, Jacusiel 18, Volkmar ArbGer. 27/154, OLG. 27/318, 38/176.

79) Staub § 84 Anm. 6.

80) ArbRS. RAG. 10/594 (597), Horne S. 23/24.

ständigkeit ist auch die Existenz eines eigenen, dem Einblick des Geschäftsherrn entrückten Kundenkreises[81]). Ein solcher Kundenkreis, dessen Weiterbearbeitung dem Geschäftsherrn ohne Vermittlung des Vertreters nicht möglich ist, ist die typische Produktionsveranstaltung des selbständigen Handlungsagenten.

Endlich kann auch die Tatsache, daß der Vertreter jenen Organismus selbst unterhält, dafür sprechen, daß er sein Geschäftsorganismus ist. Der Vertreter, der die regelmäßigen Geschäftsunkosten (vgl. § 90 HGB.), also Porto, Fahrgelder, Fracht für Musterkoffer, Gebühren für Auskünfte, Telephon, Mieten, Lager- und Reklamekosten selbst trägt, wird regelmäßig Handlungsagent sein[82]). Andererseits aber spricht die Gewährung von Zuschüssen nur für wirtschaftliche Schwäche des Vertreters, nicht für persönliche Abhängigkeit und damit auch nicht für seine Handlungsgehilfeneigenschaft.

Anhaltspunkte für die persönliche Selbständigkeit bezw. Abhängigkeit bietet auch seine behördliche Behandlung. Ist sein Gewerbebetrieb bei der Gewerbepolizei angemeldet und besitzt er eine Gewerbelegitimationskarte, ist er bei den Finanzbehörden gemeldet und entrichtet er Gewerbe- und Umsatzsteuer[83]), zahlt er Handelskammerbeiträge[84]), so spricht dies für seine Agenteneigenschaft. Ist dagegen der Vertreter zur Lohnsteuer veranlagt und führt der Unternehmer Sozialversicherungsbeiträge (Krankenkasse, Angestelltenversicherung) ab, so wird der Vertreter Handlungsgehilfe sein; denn der Unternehmer wird sich nicht ohne Grund mit derartigen Beträgen belasten[85]).

81) Schmidt-Rimpler 33, Sperling 26.

82) RGZ. 87/440, RAG. 15/339 (342), OLG. 6/350, 19/17.

83) RGJW. 16/962, RAG. LZ. 29/1217, ArbRS. LAG. 32/83.

84) ArbRS. RAG. 28/44, Oppermann Anm. DR. 39/957.

85) RAG. JW. 28/1680, ArbRS. 31/381, ArbRS. AG. 20/56 mit Anm. Hueck, OLG. HRR. 29 Nr. 1353, Schlegelberger § 59 Anm. 18, Carstens 113ff., Depène § 5 Anm. 1 6a, Groß ARK. „Handlungsagent" III.

Als Abgrenzungsmerkmal kaum brauchbar ist dagegen die Berufsbezeichnung eines Vertreters. Den „Handelsvertretern", „Handelsvermittlern", „Handelsagenten", „Provisionsvertretern", „Provisionsreisenden", „Generalagenten", „Geschäftsreisenden", „Bezirksagenten", „Anzeigenwerbern" u. a. m. stehen nur zwei gesetzlich definierte Typen gegenüber: der Handlungsagent und der Handlungsgehilfe, in die den einzelnen Vertreter einzuordnen nur auf Grund der tatsächlichen Gestaltung des Vertragsverhältnisses möglich erscheint [86]). Selbst die ausdrückliche Bezeichnung als Handlungsagent spricht nicht für seine Agenteneigenschaft im Rechtssinn; denn es besteht ein erheblicher Unterschied zwischen dem Agentenbegriff des wirtschaftlichen Verkehrs und dem juristisch-technischen, sodaß die Bezeichnung auf mangelnde Rechtskenntnis zurückführbar sein kann. Sie kann aber auch aus gesellschaftlichen Rücksichten gewählt worden sein. Endlich aber besteht für den verantwortungslosen Unternehmer sogar ein gewisser Anreiz, seine Vertreter im Vertrag als Handlungsagenten zu bezeichnen. Die auf den Arbeitsverträgen ruhenden öffentlichen Lasten sozialer und wirtschaftlicher Art lassen es für ihn zweckmäßig erscheinen das Handlungsgehilfenverhältnis hinter einem angeblichen Agenturverhältnis zu verbergen [87]).

B. Der arbeitnehmerähnliche Agent ist arbeitnehmerähnliche Person.

§ 1. Die arbeitnehmerähnliche Person.

1. Entstehung und Bedeutung des Begriffs.

Das Arbeitsrecht als Sonderrechtsgebiet erstand aus dem Bedürfnis nach sozialem Schutz bestimmter Personen-

86) ArbRS. RAG. 30/123 mit Anm. Hueck, 31/381, RAG. 16/272 (273), ARK. „Handlungsgehilfe" Einzelfälle 6, RGZ. 87/440ff., OLG 8/389, 14/346, ArbRS. AG. 30/158 mit Anm. Hueck, LGJW. 36/683, Groß ARK. „Handlungsagent" III, Schäfer-Somborn 15.

87) ArbRS. RAG. 5/27, 8/451, Sperling 24.

gruppen[88]). Erst später stellte man ganz allgemein die Arbeitsleistung in persönlich abhängiger Stellung als das entscheidende Tatbestandsmerkmal heraus. Von Anfang an jedoch erforderte jenes Schutzbedürfnis für einzelne Personengruppen, die keine „abhängige Arbeit" leisteten, wie z. B. die Hausgewerbetreibenden, wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit von bestimmten Unternehmern die Anwendbarkeit gewisser sozialrechtlicher Normen. Auf sie erstreckten sich z. B. die Bestimmungen über den Lohnschutz des § 119 b GewO., über die Betriebsvertretung der §§ 3, 11 BRG. und Teile der Sozialversicherung (z. B. §§ 162, 165, 466, 548 der RVO.). Das Tatbestandsmerkmal der persönlichen Abhängigkeit wurde also von vorneherein dem sozialen Schutzbedürfnis mancher Personengruppen nicht in vollem Umfange gerecht[89]). Dies erkannte zunächst die Sozialversicherungs-Rechtsprechung. Sie bildete den Grundsatz heraus, daß nicht die rechtliche Form, sondern der wirtschaftliche Zustand für die Anwendbarkeit sozialversicherungsrechtlicher Normen entscheidend sein müsse[90]). Die Folge war zunächst eine unerfreuliche Diskrepanz der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte auf dem Gebiete des Arbeitsrechts einerseits, der Sozialversicherungsbehörden auf sozialversicherungsrechtlichem Gebiet andererseits. Sie führte für den wirtschaftlich abhängigen Handelsvertreter zu einer für ihn unbegreiflichen Doppelstellung, indem er zwar als Unternehmer im Sinne des Arbeitsrechts, auf den soziale Schutzbestimmungen unanwendbar waren, galt, von Seiten der Versicherungsträger aber als sozialversicherungspflichtiger Angestellter angesehen wurde. Dieser Zwiespalt ist möglichst zu beseitigen.

Die Erkenntnis, daß wirtschaftliche Abhängigkeit und Schwäche jeden Dienstverpflichteten schutzbedürftig

88) Kaskel Arbeitsrecht S. 2, Hueck Handbuch I 20, Hueck-Nipperdey I S. 28ff.

89) Darauf hat vor allem Richter Grundverhältnisse S. 15 hingewiesen.

90) Entscheidung des RVA. Nr. 3394 AN. 29 S. IV 164.

machen, zeigte sich zuerst auf dem Rechtsgebiet, das gerade die Durchsetzung der schutzwürdigen Interessen des Einzelnen zu gewährleisten hat: dem Verfahrensrecht. Für alle, die von ihrer Arbeit leben und für die die Arbeitslohnforderung durchaus nicht Bagatellsache, sondern wichtigster Vermögensgegenstand ist, muß eine schnelle, billige, mit den Verhältnissen des Arbeitslebens besonders vertraute, im Interesse der Erhaltung des sozialen Friedens möglichst einheitliche Rechtsprechung geschaffen werden (vgl. §§ 9, 11, 12, 6, ArbGG.). Dem dient die Arbeitsgerichtsbarkeit. Aus ihrem Zweck ergibt sich, daß ihre Vorzüge nicht nur den persönlich abhängigen Gefolgsleuten, sondern auch denjenigen Personen zukommen müssen, die unter ähnlichen wirtschaftlichen Bedingungen wie der durchschnittliche Gefolgsmann arbeiten, deren Existenz ganz überwiegend von der Vergütung ihrer Arbeitsleistung abhängt. Melsbach[91]) nannte diese Personen „arbeitnehmerähnlich"; § 4 Ziff. 2 des Entwurfs eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes nahm diesen Begriff auf. In § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 23. Dezember 1926 wurde er gesetzlich anerkannt.

Von allem Anfang an war der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person von erheblicher praktischer Bedeutung, weil er als prozessualer Begriff die Grenzen der Zuständigkeit zwischen Arbeitsgerichten und ordentlichen Gerichten abgrenzt. Er bedarf daher einer möglichst eindeutigen Umschreibung, um den betroffenen Personen von vorneherein Klarheit über die Zuständigkeit ihrer Rechtsstreitigkeiten aus bestimmten Vertragsverhältnissen zu verschaffen. Nicht minder wichtig ist eine präzise Definition für den Richter, um ihm die Entscheidung über die vom Amtswegen zu treffende Zuständigkeitsfrage zu erleichtern, da eine Prorogation in Arbeitssachen ausgeschlossen ist (§ 2 Abs. 1 ArbGG.).

91) S. 25.

2. Zweckmäßigkeit und Tragweite des Begriffs.

Wissenschaft und Rechtsprechung wußten zunächst mit dem neuen Begriff nur wenig anzufangen. Kaskel[92]) sprach von seiner juristischen Unbrauchbarkeit, Molitor[93]) hielt ihn für wenig glücklich, weil er die Grenze zwischen Arbeits- und Handelsrecht verwische, Mansfeld[94]) hielt ihn für einen unvollkommenen Lösungsversuch, Stritzke[95]) bezeichnete ihn als Zwitterding zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Hueck[96]) bedauerte, daß der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person ins Prozeßrecht eingeführt wurde, ohne gleichzeitig das materielle Recht dieser Person zu regeln. Dem entsprach der Wunsch nach einer engen Auslegung des Begriffs[97]). Insbesondere war man der Ansicht, daß er — allein aus dem Bedürfnis gewisser Personengruppen nach Unterstellung unter die Arbeitsgerichtsbarkeit entstanden — ein rein prozessualer Begriff sei. Im allgemeinen gebe es nur Arbeitnehmer und Nichtarbeitnehmer. Fraglich sei nur, welche von den letzteren als arbeitnehmerähnlich der Arbeitsgerichtsbarkeit unterstünden[98]).

Allmählich aber erkannte man, daß durch die jüngste wirtschaftliche Entwicklung, insbesondere der Nachkriegszeit, mit ihren Rationalisierungsbestrebungen, die eine weitgehende Ersetzung des Klein- durch den Großbetrieb zur Folge hatte, viele einst wirtschaftlich selbständige zu wirtschaftlich abhängigen Gewerbetreibenden geworden waren. Dieser Personen, die sich, ohne Gefolgsleute zu sein, in sozialer Notlage befanden, mußte sich die Sozialpolitik annehmen. Hierbei bediente sie sich des Be-

92) Arbeitsrecht S. 337, vgl. auch B. Müller in Kaskel Arbeitsgerichtsbarkeit S. 120; Kny S. 125.

93) ZBH. 28/39.

94) Mansfeld-Pohl S. 88, früher Mansfeld BRG. S. 75.

95) AR. 1930/517.

96) Anm. RAG. 2/34, Hueck-Nipperdey II 706.

97) Schminke-Sell § 5 Anm. 11, Kaskel 337, Kny 123.

98) Schulte S. 36 und 62, Dersch-Volkmar § 5 Anm. 3, Abel JW. 31/1241, Gerstel Anm. ArbRS. RAG. 8/45, Scheider S. 20.

griffs der arbeitnehmerähnlichen Person, um diese Personengruppen, die sich zwar durch ihre formelle Rechtsstellung, nicht aber in ihrer wirtschaftlichen Lage von den Gefolgsleuten unterschieden, den Schutz des Arbeitsrechts zukommen zu lassen. Im Hinblick darauf bedeutete die Schaffung des Begriffs der arbeitnehmerähnlichen Person einen Fortschritt[99]). Diese Erkenntnis führte dazu den Begriff wenigstens als prozessualen Begriff weit auszulegen[100]). Er erschien als eine clausula generalis, die dem Richter ermöglichte, jedes der Arbeitsgerichtsbarkeit bedürftige Rechtsverhältnis des Arbeitslebens ihr auch zuzuführen[101]).

Die soziale Schutzbedürftigkeit jener Personengruppen erschöpft sich jedoch nicht in dem Bedürfnis nach Unterstellung unter die Arbeitsgerichtsbarkeit. Wenn der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person auch ursprünglich nur prozessualer Natur war, so lebte er doch gewissermaßen latent schon im materiellen Recht. Im Wege der Auslegung einzelner arbeitsrechtlicher Normen versuchte man, der Schutzbedürftigkeit wirtschaftlich abhängiger Personengruppen Rechnung zu tragen. Diese Tendenz verstärkte und verbreiterte sich mehr und mehr. Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person gewann schließlich in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung entsprechend der allgemeinen Schutzbedürftigkeit jener Personengruppen allgemeine Bedeutung[102]). Die Rechts-

99) Fischer S. 61, Carstens 114.

100) Hueck-Nipperdey II 706, Baumbach Anm. 4 und 6 zu § 5, Potthoff LZ. 27/417 ff., Dersch-Volkmar § 5 Anm. 6c) dd), Dersch-Kaskel S. 25 u. 382, Schulte S. 54, Erdel S. 90, Spiero 62 ff., Carstens 113 ff., Pracht S. 24, Schieckel 2897, Scheider 36, Oppermann DR. 39/957, Jonas § 1 Anm. VIII A Ia 78, Depène 128, ArbRS. RAG. 3/207, 5/365, 6/235, 8/48, 9/383, 10/576, 579, 594, 15/505, 17/420, 20/302, 32/221 mit Anmerkung Dersch (225/26), ArbRS. LAG. 7/32, 31/3.

101) Defiebre S. 32.

102) Hueck-Nipperdey-Dietz § 1 Anm. 10, Kersting JW. 35/88 und DHZ. 28 Nr. 5, Carstens 113 ff., Defiebre 35, Spiro 63, Horne 88, ArbRS. RAG. 27/7 mit Anm. von Hueck, LAG. 24/174 mit Anm. von Hueck, a. A. Dersch Anm. ArbRS. RAG. 32/226, Fischer S. 6.

entwicklung bediente sich des Begriffs und versuchte insbesondere das Agenturrecht mit seiner Hilfe zu reformieren, das in seiner derzeitigen Gestaltung — vor allem bezüglich der Provisionsvertreter und Generalagenten — den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen zum Teil nicht mehr entspricht. Auch das RAG. betonte, daß sich die Stellung des Handlungsagenten als eines wirklich selbständigen Kaufmanns durch die seitherige soziale Umschichtung vielfach von Grund aus geändert habe. Auf zahlreichen Gebieten der Wirtschaft überwiege heute der wirtschaftlich abhängige Agent durchaus oder beherrsche, wie z. B. bei der Anzeigenwerbung im Verlagswesen, fast ausschließlich das Feld. Es erscheine deshalb geboten, ihm die gleiche Behandlung wie der Gefolgschaft des Unternehmers auch in sachlich-rechtlicher Hinsicht zuteil werden zu lassen, soweit wirtschaftliche und soziale Gründe sie gebieterisch fordern und die geltenden gesetzlichen Bestimmungen eine dieser Forderung entsprechende Auslegung gestatten würden[103]).

3. Einheitlichkeit des Begriffs.

Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person findet sich nur mehr in 2 reichsgesetzlichen Bestimmungen: in § 34 AOG., und in § 5 des ArbGG. der durch § 40 HAG. in der Fassung vom 23. März 1934 seine heutige Formulierung erhielt, während er bei der Neufassung des HAG. vom 30. Oktober 1939 — entgegen § 2 Abs. 2 HAG. alter Fassung — nicht mehr verwandt wurde. Eine gesetzliche Definition gibt nur § 5 ArbGG., der unter arbeitnehmerähnlichen Personen nicht mit gewerblicher Heimarbeit beschäftigte Personen versteht, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind. § 5 alter Fassung hob das Merk-

103) ArbRS. RAG. 27/7 mit zustimmender Anm. von Hueck.

mal der wirtschaftlichen Unselbständigkeit nicht besonders hervor. Es wurde im Anschluß an eine weit verbreitete Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung erst durch § 34 AOG. eingeführt. Die kurz darauf erfolgte Neufassung des § 5 ArbGG. durch § 40 HAG. alter Fassung läßt erkennen, daß diese Neufassung einen einheitlichen Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit schaffen wollte. Wir können daher die Definition des § 3 ArbGG. zur Grundlage unserer Betrachtungen über den allgemeinen Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit machen[104]). Ihm unterfallen, wie sich aus § 5 ArbGG. nunmehr klar ergibt, im Gegensatz zur früheren Ansicht in Literatur und Rechtsprechung, die insbesondere im Anschluß an die Begründung (S. 34) nach § 5 alter Fassung gerechtfertigt erschien, nicht mehr die gewerblichen Heimarbeiter, deren Verhältnisse wegen ihrer eigenartigen sozialen und wirtschaftlichen Gestaltung eine besondere gesetzliche Regelung durch das Heimarbeitergesetz erfahren haben[105]).

4. Begriffsmerkmale.

a) Arbeitsleistung für andere ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen.

Die Arbeitsleistung für andere in persönlicher Unselbständigkeit als Abhängigkeit vom Willen einer Person ist das entscheidende Merkmal eines Arbeitsverhältnisses. Diese Abhängigkeit gründet sich, wie wir gesehen haben, auf die rechtliche Verpflichtung zur grundsätzlich unbeschränkten Unterordnung unter die Befehlsgewalt eines Gemeinschaftsführers. Ihre Folge ist als weiteres negatives Kennzeichen des Arbeitsverhältnisses der Mangel eines eigenen Geschäftsorganismus des Gefolgsmanns, der sich, was wiederum nur bei Arbeitsverhältnissen vorkommt, darin äußern kann, daß der Gefolgsmann in einem fremden Betrieb arbeitet. „Das Ar-

104) Dersch AOG. § 34 Anm. 2b, Potthoff Arbeitsrecht S. 135.
105) Groß ARK. „Arbeitsgericht“ III A IV 2.

beitsverhältnis ist das auf Ehre, Treue und Fürsorge gegründete Gemeinschaftsverhältnis, in dem ein Gefolgsmann seine Arbeitskraft für einen Unternehmer in dessen Betrieb oder sonst in dessen Dienst einsetzt" (§ 1 Entwurf). Die Arbeitsleistung für andere ohne das Vorliegen eines derartigen arbeitsrechtlichen Arbeitsgemeinschaftsverhältnisses ist die erste Voraussetzung der Arbeitnehmerähnlichkeit. Daraus folgt, daß die Arbeitsleistung in grundsätzlich unbeschränkter Unterordnung unter die Befehlsgewalt eines Gemeinschaftsführers und damit die persönliche Abhängigkeit einer Person ihrer Arbeitnehmerähnlichkeit entgegensteht. Desgleichen ist die Arbeitsleistung innerhalb eines fremden Betriebs, die eine Abhängigkeit vom Willen einer Personeneigenschaft, der Betriebsgemeinschaft, zur Folge hat, als typische Erscheinung des Arbeitsverhältnisses mit Arbeitnehmerähnlichkeit unvereinbar[106]). Die arbeitnehmerähnliche Person muß vielmehr Arbeit für andere in grundsätzlich unbeschränkter persönlicher Selbständigkeit leisten[107]). Ihre Selbständigkeit zeigt sich in der Freiheit der Zeiteinteilung und der methodischen Gestaltung der Arbeit und in dem Bestehen eines eigenen, wenn auch noch so unscheinbaren Geschäftsorganismus. All diese Merkmale sind auch für den Handlungsagenten als selbständigen Unternehmer begriffswesentlich. Insoweit schließen sich die Begriffe der arbeitnehmerähnlichen Person und des freien Unternehmers nicht aus.

106) Schon Molitor (Molitor-Hueck-Riezler S. 74) sprach davon, daß arbeitnehmerähnliche Personen nicht in den Betrieb eingegliedert seien.

107) Hier unterscheidet sie sich vom Gefolgsmann des Arbeitsrechts. Flatow-Joachim S. 74, Hueck-Nipperdey II 707, Dersch Volkmar § 5 Anm. 6c) aa), Dersch-Kaskel 382, Carstens 113ff. Demgegenüber wurde früher von einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person gesprochen: ArbRS. RAG. 9/383, 8/19, 10/576 u. 579, 12/287, 17/420, RAG. 12/252, Siebert Arbeitsrecht E Vorbem. S. 1, Jonas (16) § 1 VIII A 1a α 79, Düringer-Hachenburg § 84 Anm. 4, Depène 128, Baumbach § 5 Anm. 6, Schieckel JW. 28/2897.

Die Tatsache, daß die arbeitnehmerähnliche Person in keinem Arbeitsverhältnis steht, bedeutet jedoch nicht, daß ihre Arbeitsleistung überhaupt außerhalb eines Vertragsverhältnisses erfolgen könnte. Die Leistung von Arbeit „im Auftrag" anderer setzt vielmehr das Bestehen einer vertraglichen, sei es auch nur einer stillschweigenden Vereinbarung zweier Personen voraus. Ob diese Vereinbarung auch ein Dienstvertrag oder ein dienstvertragsähnliches Verhältnis oder aber auch ein Werkvertrag oder werkvertragähnliches Verhältnis sein kann, ist umstritten. Der Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit erfordert nur ganz allgemein eine Vereinbarung, innerhalb deren eine „Arbeitsleistung für einen anderen" erfolgt. Eine solche Arbeitsleistung vollbringt auch der Unternehmer des Werkvertrags, kommt sie doch dem Besteller in Form des abzuliefernden Werkes zugute. Auch das Vorliegen eines Werkvertrags oder eines werkvertragsähnlichen Verhältnisses steht also der Arbeitnehmerähnlichkeit einer Partei nicht entgegen[108]). Der Agenturvertrag ist nach herrschender Meinung ein Dienstvertrag. der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§ 675 BGB.)[109]). Als solcher könnte er jedenfalls geeignet sein Arbeitnehmerähnlichkeit zu begründen.

Die Art der Arbeitsleistung ist — ebenso wie für den Gefolgsmannsbegriff — auch für den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person ohne Bedeutung. Sowohl

---

108) So auch Hueck-Nipperdey II 707, Hueck Anm. RAG. 10/419, Depène 136, Scheider 24, Pracht 23, Gerstel Anm. ArbRS. RAG. 10/212, RVA. AN. 1926/495; a. A. Dersch-Volkmar § 5 Anm. 6c) bb), Schminke-Sell § 5 Anm. 9, Johannes 39, Lieb 33, ArbRS. RAG. 6/231, 7/299, 10/208, LAG. 31/132 (137), die nur Dienstvertrag oder dienstvertragähnliches Verhältnis für geeignet halten. Der gleichen Meinung scheinen Baumbach (§ 5 Anm. 4) und Fuchs (S. 119) zu sein, die von einem „Quasi-Arbeits- bzw. Angestelltenverhältnis" sprechen.

109) Staub § 84 Anm. 4, Albrecht-Tentler S. 21, Immerwahr S. 13/14, Jacusiel S. 12, Hütter 33, Horne 10, Jung 21, RGZ. 63/73, 87/440 (443).

geistige als auch körperliche Arbeit kann im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft geleistet werden[110]). Es widerspricht auch unseren heutigen sozialen Anschauungen, etwa arbeitnehmerähnliche Personen, die eine Tätigkeit höherer Art ausüben — wie dies Potthoff[111]) vorschlägt, als „verlagsmäßige Heimwerker" besonders hervorzuheben, insbesondere wenn wir berücksichtigen, daß sich alle arbeitnehmerähnlichen Personen in ihrer wirtschaftlichen Lage gleichen, die Hervorhebung dieser Personengruppe also nur eine soziale Spaltung bedeuten würde.

b) Unternehmer eigener Art.

Gleicht die arbeitnehmerähnliche Person infolge ihrer Arbeitsleistung in persönlicher Selbständigkeit auch einem Unternehmer[112]), so ist sie doch ein Unternehmer eigener Art. Diese Eigenart klar herauszustellen ist erforderlich, um nicht jede in persönlicher Selbständigkeit arbeitende, in Baissezeiten nur vorübergehend in wirtschaftliche Not geratene Person sozialrechtlichen Normen unterfallen zu lassen, was ihrem Zweck, nur dauernde wirtschaftliche Bedrängnis zu mildern, widersprechen würde.

α) Arbeitsleistung im Auftrag bestimmter anderer Personen.

Während der freie Unternehmer grundsätzlich für eine unbestimmte Zahl von Konsumenten arbeitet, ist für die arbeitnehmerähnliche Person begriffswesentlich, daß sie nur im Auftrag bestimmter Personen tätig wird. Es fehlt ihr also die unbeschränkte Ausdehnungsmöglichkeit, die für den freien Unternehmer charakteristisch ist. Ihr Auftraggeber muß eine bestimmte Person oder wenigstens ein bestimmter Personenkreis sein[113]). Weder die Tätigkeit für beliebig viele Auftraggeber (z. B. des Dienstmanns oder Flickschusters) noch die reine Arbeit auf Vorrat ist

110) Hueck ArbRS. RAG. 36/256.
111) AR. 1922/151.
112) Carstens 115.
113) Scheider 26, Hueck ArbRS. RAG. 36/256.

mit dem Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit vereinbar[114]). Dem entspricht, daß die Vertragsverhältnisse zwischen arbeitnehmerähnlichen Personen und ihren Auftraggebern nicht nur vorübergehender Art sein können[115]). Es muß vielmehr ein Wille zur Aufrechterhaltung dauernder Beziehungen vorliegen[116]). Dadurch, daß die arbeitnehmerähnliche Person dauernd nur für einen bestimmten Personenkreis tätig wird, unterscheidet sie sich von vielen Kleingewerbetreibenden, die in bunter Reihenfolge für die verschiedensten Auftraggeber arbeiten können.

β) Arbeitsleistung für Rechnung bestimmter anderer Personen.

Viele freie Unternehmer arbeiten zum Teil für Rechnung anderer Personen, indem der Erfolg ihrer Arbeit fremden Auftraggebern zugute kommt, von denen sie entlohnt werden. Beim Handlungsagenten ist dies stets der Fall. Dagegen bildet eine „Rechnunggebundenheit" an eine bestimmte Person oder einen bestimmten Personenkreis doch die Ausnahme. Sie ist ein weiteres Wesensmerkmal der Arbeitnehmerähnlichkeit, das eine Beschränkung der wirtschaftlichen Selbständigkeit zur Folge hat, die eigenartig gestaltet ist.

Dem freien Unternehmer, der grundsätzlich für Rechnung eines unbestimmten Personenkreises produziert, steht der Absatzmarkt in seiner unendlichen Mannigfaltigkeit gegenüber. Ihm bietet sich die Möglichkeit, die Konjunktur auszunützen mit der Chance, besondere Unternehmergewinne zu erzielen. Andererseits allerdings läuft er auch Gefahr, durch Ueberproduktion Verluste zu erleiden. Die

---

114) RVA. AN. 1926/495.

115) Der Makler kann deshalb nie arbeitnehmerähnlich sein. Dersch-Volkmar § 5 Anm. 6c) cc).

116) Baumbach § 5 Anm. 4, Kersting DHZ. 28 Nr. 5, Flatow-Joachim § 5 Anm. 8, Depène 129, Schminke-Sell 162, Pracht S. 23, Kny 124, Josef JW. 28/2650; auch die Begründung (S. 34) spricht von „ständigem Vertragsverhältnis".

arbeitnehmerähnliche Person hat weder diese Chance auf besondere Unternehmergewinne, noch trägt sie die Absatzgefahr. Ihre Absatzmöglichkeit ist vermöge ihrer Rechnunggebundenheit von vorneherein bestimmt, sodaß sie nie ein Absatzrisiko trägt. Sie kann nur Produktionsrisiko, der arbeitnehmerähnliche Agent als Inhaber eines arbeitsintensiven Unternehmens also nur Arbeitsrisiko tragen[117]). Diese eigenartige Risikogestaltung kann uns in Zweifelsfällen zur Abgrenzung der arbeitnehmerähnlichen Person vom Gefolgsmann dienen; denn die arbeitnehmerähnliche Person wird, weil sie dieses Risiko ob ihrer persönlichen Selbständigkeit beherrscht, es auch regelmäßig übernehmen müssen. Aber begriffswesentlich ist die Risikoübernahme für die arbeitnehmerähnliche Person als — wenn auch nur kleiner — Unternehmer ebensowenig wie für den freien Unternehmer. Sie ist daher kein absolutes Abgrenzungsmerkmal[118]).

Die Arbeitsleistung für Rechnung bestimmter anderer Personen bringt zwar eine eigenartige Gestaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person mit sich und beschränkt sie. Sie begründet jedoch für sich allein noch keine Arbeitnehmerähnlichkeit. Die arbeitnehmerähnliche Person muß darüber hinaus wirtschaftlich abhängig sein. Zwar beruht jede wirtschaftliche Unselbständigkeit auf „Rechnunggebundenheit". Insoweit gehen die vom Gesetz aufgestellten Merkmale der Leistung von Arbeit für fremde Rechnung und in wirtschaftlicher Unselbständigkeit ineinander über[119]). Aber nicht jede „Rechnunggebundenheit" bedingt wirtschaftliche Abhängigkeit, wie sie für den Begriff der arbeitnehmerähnlichen

117) ArbRS. RAG. 25/226, 32/221, Pracht S. 23, Flatow-Joachim 75.

118) RAG. 15/350 = JW. 36/1257; a. A. Dersch-Kaskel 382, Hueck-Nipperdey-Dietz § 34 Anm. 11, Carstens 113ff., Kaskel 337, Horne 54, Abel JW. 28/2914, ArbRS. RAG. 10/208 (210), 27/331, die der Ansicht sind, daß die arbeitnehmerähnliche Person nie Unternehmerrisiko tragen könne, weil sie für fremde Rechnung arbeite.

119) RAG. 15/350 = JW. 36/1257 = ArbRS. 25/226.

Person wesentlich ist. Es muß vielmehr ein bestimmtes Maß wirtschaftlicher Abhängigkeit sein[120]).

γ) Wirtschaftliche Unselbständigkeit. Relativität des Begriffs.

Diese eigenartige wirtschaftliche Unselbständigkeit ist das entscheidende Begriffsmerkmal der arbeitnehmerähnlichen Person, das eine klare Abgrenzung insbesondere gegenüber dem freien Unternehmer ermöglicht[121]). Zwar ist die wirtschaftliche Selbständigkeit nicht für den Unternehmerbegriff, wohl aber die wirtschaftliche Unselbständigkeit für den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person wesentlich. Ein wirtschaftlich unselbständiger Unternehmer ist bei Vorliegen der übrigen Begriffsmerkmale der Arbeitnehmerähnlichkeit arbeitnehmerähnliche Person.

Was aber ist unter wirtschaftlicher „Unselbständigkeit" im Sinn des Arbeitnehmerähnlichkeitsbegriffs zu verstehen?

Wirtschaftlich unselbständig ist, wer seine wirtschaftlichen Geschicke nicht in seinen eigenen Händen trägt. Von wirtschaftlicher Unselbständigkeit kann einmal dann gesprochen werden, wenn ein wirtschaftliches Einzelschicksal von dem Schicksal der Gesamtwirtschaft abhängt. Wirtschaftlich abhängig in dieser Weise sind alle Einzelwirtschaften. Mit konjunkturellen Schwankungen muß jeder Unternehmer rechnen. Fließen ihm die Vorteile einer Hochkonjunktur zu, so muß er auch die Nachteile eines wirtschaftlichen Niedergangs ertragen. Das Recht kann ihm insoweit keinen besonderen Schutz gewähren, einmal, weil er wie jeder andere Unternehmer mit Baissezeiten rechnen muß, zum andern, weil die Rechtsordnung nur wirtschaftliche Dauerzustände, nicht schon jede Art von wirtschaftlichen Schwankungen erfassen kann. Abhängig-

120) Volkmar ArbGer. 27/156, Gerstel ArbRS. RAG. 17/420 (424).

121) Hueck ArbRS. LAG. 2/34, Dersch ArbRS. RAG. 32/221, ArbRS. RAG. 27/7 u. 326, 30/284, RAG. 15/350, Volkmar ArbGer. 27/156, Groß ARK. „Provisionsvertreter" Einzelfragen 6b, Pracht S. 24, Lieb S. 33, Carstens 113 ff., Flatow-Joachim § 5 Anm. 8.

keit von der Gesamtwirtschaft, konjunkturelle Abhängigkeit, kann also nicht „wirtschaftliche Unselbständigkeit“ im Sinn des Arbeitnehmerähnlichkeitsbegriffs begründen.

Wirtschaftliche Unselbständigkeit liegt aber auch dann vor, wenn ein wirtschaftliches Einzelschicksal von dem Schicksal einer oder mehrerer fremder Einzelwirtschaften abhängt. Diese Art von wirtschaftlicher Abhängigkeit ist keine so allgemeine Erscheinung. Sie findet sich in den verschiedensten Stärkegraden in unserem Wirtschaftsleben. Es gilt für sie ein unumstößliches Gesetz: sie ist um so größer, je geringer die Anzahl der Einzelwirtschaften ist, denen gegenüber sie besteht. Eine Vielzahl von kleinen, selbständigen Unternehmern, namentlich Handlungsagenten, befinden sich heute in einer derartigen dauernden wirtschaftlichen Abhängigkeit. Die wirtschaftliche Stärke des Geschäftsherrn bedroht dabei ihre persönliche Selbständigkeit. Sie erscheinen deshalb schutzbedürftig; denn einerseits sind sie vermöge ihrer grundsätzlichen persönlichen Selbständigkeit in aller Regel Träger eines wenn auch begrenzten Unternehmerrisikos, andererseits beschränkt die wirtschaftliche Abhängigkeit zwar nicht von Rechtswegen, aber tatsächlich ihre für die Beherrschung dieses Risikos erforderliche persönliche Selbständigkeit. Die schwersten Gefahren drohen dabei demjenigen Unternehmer, demjenigen Handlungsagenten, der — vielleicht von geringer Nebentätigkeit abgesehen — nur für einen Geschäftsherrn arbeitet, für den also die Aufrechterhaltung dieser Geschäftsbeziehungen existenznotwendig ist. Er bedarf daher grundsätzlich eines besonderen Schutzes. Dies deutet darauf hin, daß wirtschaftliche Unselbständigkeit im Sinne der Existenzgebundenheit an einen fremden Geschäftsherrn das entscheidende Begriffsmerkmal der arbeitnehmerähnlichen Person ist. Diese Ansicht wird unterstützt durch die Begründung des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes (S. 34), die insbesondere Versicherungsagenten zu den arbeitnehmerähnlichen Personen zählt; denn das Charakteristische an der Stellung dieser Ver-

sicherungsagenten, das sie von vielen freien Handlungsagenten unterscheidet, ist, daß sie nur für einen Geschäftsherrn, ihre Versicherungsgesellschaft, tätig, also existenzgebunden in unserem Sinne sind.

Vollends bestätigt wird unsere Meinung, daß unter wirtschaftlicher Unselbständigkeit der arbeitnehmerähnlichen Person Existenzgebundenheit zu verstehen ist, durch das Merkmal der „Aehnlichkeit". Die arbeitnehmerähnliche Person muß „wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich" anzusehen sein. Die wirtschaftliche Unselbständigkeit ist kein Wesensmerkmal des allgemeinen Gefolgsmannsbegriffs. Die Formulierung des § 5 ArbGG. will, wie sich aus der Begründung (S. 34) klar ergibt, vielmehr besagen, daß sich die arbeitnehmerähnliche Person in einer ähnlichen wirtschaftlichen Lage befinden muß, wie sie für den durchschnittlichen Gefolgsmann typisch ist[122]). Das Entscheidende der wirtschaftlichen Lage der meisten Gefolgsleute aber ist, daß sie auf der Verwertung ihrer Arbeitskraft angewiesen sind, daß also der Bestand des Arbeitsverhältnisses für sie in der Regel existenznotwendig ist. Das Verhältnis der arbeitnehmerähnlichen Person zu ihrem Geschäftsherrn muß einem derartigen Lohnverhältnis entsprechen. Wirtschaftliche Unselbständigkeit im Sinne von Existenzgebundenheit und nur dieser Grad von wirtschaftlicher Unselbständigkeit ist also für den Arbeitnehmerähnlichkeitsbegriff wesentlich[123]).

Aus dieser Eigenart der wirtschaftlichen Unselbständigkeit folgt, daß der Begriff der arbeitnehmerähnlichen

---

122) Dersch-Volkmar § 5 Anm. 6d, Hueck ArbRS. LAG. 2/34, Hueck-Nipperdey II 707ff., Pracht 24, Kny 124, Volkmar ArbGer. 27/155ff., Groß ARK. Handlungsagent III Zuständigkeit; a. A. Schulte (S. 55), der den Versuch, den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person mit Hilfe der Aehnlichkeit zum Gefolgsmann auszufüllen für verfehlt hält, weil es sich nicht um eine allgemeine Ausdehnung, sondern nur um eine Auswirkung der Arbeitsgerichtsbarkeit über den Begriff des Gefolgsmanns hinaus handle.

123) RAG. 15/350, ArbRS. 32/221, 36/256, ArbRS. LAG. 31/3 u. 132 (136), 21/45 mit Anm. Hueck, OLG. Hamburg DR. 39/957.

Person ein relativer ist. Arbeitnehmerähnlich ist eine Person nur in Beziehung zu einer bestimmten anderen Person, der gegenüber jene Existenzgebundenheit besteht[124]). Für die Entscheidung, ob ein Handlungsagent arbeitnehmerähnlich ist, ist daher allein das Innenverhältnis zwischen ihm und einem Geschäftsherrn maßgebend. Aus dieser Relativität des Arbeitnehmerähnlichkeitsbegriffs folgt, daß eine Mischung von selbständiger und arbeitnehmerähnlicher Tätigkeit in einer Person durchaus möglich ist.

δ) Wirtschaftliche Schwäche.

Nicht jede Arbeitsleistung im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen in existenzgebundener wirtschaftlicher Unselbständigkeit begründet Arbeitnehmerähnlichkeit. Die arbeitnehmerähnliche Person muß sich ihrem Geschäftsherrn gegenüber auch in einer ähnlichen sozialen Lage befinden wie der durchschnittliche Gefolgsmann gegenüber seinem Unternehmer. Sie muß wegen ähnlicher wirtschaftlicher Schwäche ähnlich schutzbedürftig sein[125]). Diese Schutzbedürftigkeit ist dann zu verneinen, wenn eine Person infolge ihrer hohen Vergütung in ihrer wirtschaftlichen Stellung zwar einem höheren Angestellten, nicht aber dem durchschnittlichen, nur niedrig entlohnten Gefolgsmann gleicht[126]). Die Lohnhöhe ist daher für die Entscheidung im Einzelfalle von ausschlaggebender Bedeu-

124) Dersch-Volkmar § 5 Anm. 6d, Oppermann Anm. JW. 36/1178, Depène 129. Pracht 23, Flatow-Joachim 75, ArbRS. RAG. 8/19, 27/331.

125) KG. JW. 28/2650, Horne 54, Richter DAR. 36/261, Carstens 113 ff., Hueck-Nipperdey II 707 f., Pracht 21, ArbRS. RAG. 9/383, RAG. 12/252; a. A. Schulte, der, da er Arbeitnehmerähnlichkeit nur prozessual wertet, eine soziale Lage verlangt, die die Gleichstellung mit den Gefolgsleuten in Bezug auf die Durchsetzung ihrer Ansprüche gegen ihren Auftraggeber fordert.

126) Rspr. Arb. 30/225, Hueck-Nipperdey II 708, Gerstel ArbRS. RAG. 17/425, Defiebre 30, ArbRS. LAG. 30/58, LAG. Frankfurt, DRZ. 27/368; a. A. Groß Kart A Handlungsagent Zuständigkeit 3, ArbRS. RAG. 12/367, 25/226, 32/221; LAG. 21/45, 31/3 u. 132 (136), RAG. JW. 34/1066 = ArbRS. 20/183, Oppermann Anm. DR. 39/957.

tung[127]). Allerdings wäre die Bestimmung eines allgemein gültigen Fixums zur Abgrenzung ungeeignet, weil die Lebenshaltung in Stadt und Land, in den einzelnen Städten untereinander, teilweise auch in den einzelnen Gauen unterschiedlich und von den Familienverhältnissen abhängig ist. Letztlich hat die auf Grund eines Vertragsverhältnisses bestehende soziale Schutzbedürftigkeit im Einzelfalle zu entscheiden, ob eine Person als arbeitnehmerähnlich angesehen werden kann oder nicht. Dabei wird der Vergleich mit dem den Lebensverhältnissen entsprechenden Tariflohn eine sichere Basis für die Entscheidung abgeben können.

Dem Merkmal der eine besondere Schutzbedürftigkeit begründenden wirtschaftlichen Schwäche kommt darüber hinaus keine weitere Bedeutung zu. Insbesondere ist es nicht geeignet, ganz allgemein diejenigen Personen, die Arbeit für andere in wirtschaftlicher Schwäche leisten, dem Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person zu unterstellen.

§ 2. Die Abgrenzung des arbeitnehmerähnlichen vom freien Handlungsagenten.

1. Gibt es arbeitnehmerähnliche Agenten?

Seit der gesetzlichen Anerkennung des Begriffs der arbeitnehmerähnlichen Person ist streitig, ob Handlungsagenten arbeitnehmerähnlich sein können; denn die ursprüngliche Fassung des § 5 ArbGG., insbesondere aber die amtliche Begründung, ließen sichere juristische Begriffsmerkmale der Arbeitnehmerähnlichkeit vermissen. Die Begründung (S. 34) zählte einerseits die Heimgewerbetreibenden zu den arbeitnehmerähnlichen Personen, andererseits ließ sie die Möglichkeit offen, daß auch Personen arbeitnehmerähnlich sein können, die „nach bürgerlichen oder Handelsrecht an sich selbständig sind, wirtschaftlich gesehen aber in einem dem Arbeitsverhältnis gleichartigen Verhältnis zu bestimmten Unternehmern stehen, weil sie in deren Auftrag und für deren Rechnung Arbeit leisten,

127) Molitor Wesen 98, Kreller 6.

wie z. B. Versicherungsagenten und selbständige Vertreter einzelner kaufmännischer Firmen, die in ständigem Vertragsverhältnis mit diesen Firmen stehen, nach dem ihnen für den Abschluß von Geschäften lediglich Provision zusteht". Ein einheitlicher Gedankengang ist bei der Verschiedenartigkeit der angeführten Rechtstypen aus der Begründung nicht zu entnehmen[128]). Das Bedürfnis nach Arbeitsgerichtsbarkeit sollte für den Arbeitnehmerähnlichkeitsbegriff ausschlaggebend sein.

Dieses Bedürfnis aber — so machte man geltend — müsse auf die Wünsche der einzelnen Personengruppen abgestellt sein. Nachdem der 9. allgemeine deutsche Handelsvertretertag vom 31. Mai 1928 in Düsseldorf sich gegen eine Unterstellung der Handlungsagenten unter die Arbeitsgerichtsbarkeit ausgesprochen habe, müsses dieses Bedürfnis und damit die Arbeitnehmerähnlichkeit des Handlungsagenten wegen seiner Selbständigkeit stets verneint werden[129]); denn es sei nicht möglich einem Berufsstand ein aus sozialen Erwägungen heraus geschaffenes Gesetz aufzudrängen, dem im übrigen soziale Schutzbestimmungen mit Rücksicht auf seine Selbständigkeit vorenthalten worden seien[130]). Eine derartige Unterstellung würde insbesondere auch mit den gerechten Interessen des Handelsvertreterstandes unvereinbar sein. Sie wäre geeignet, die Entwicklungsmöglichkeit des Berufsstandes in wirtschaftlicher und sozialer Beziehung zu untergraben[131]). Auch praktische Erwägungen würden ihr widersprechen. Die Arbeitsgerichte würden die für die Handelsvertreter sehr bedeutsamen Handelsbräuche — im Gegensatz zu den ordentlichen Gerichten, insbesondere den Kammern für Handelssachen — nicht genügend kennen. Die außerordentliche Erschwerung der anwaltschaftlichen Vertretung würde bei den juristisch schwierigen Rechtsstreiten der

128) Schulte 54.
129) Behm Unzuständigkeit S. 62.
130) Behm Unzuständigkeit S. 8.
131) Behm Unzuständigkeit S. 6.

Handelsvertreter für sie besonders nachteilig sein. Die zwingende örtliche Zuständigkeit sei gleichfalls für den Handelsvertreter sehr ungünstig, weil seine geschäftliche Niederlassung sich meist an größeren Plätzen befinde, während die von ihm zu verklagende Firma oft an kleineren Industrieorten ihren Sitz habe. Die Zuständigkeit der dortigen Arbeitsgerichte aber beeinträchtige die Interessen der Handelsvertreter, weil die ganze Sphäre der wirtschaftlichen Verhältnisse an jenen kleinen Industrieplätzen einer Rechtsauffassung, die die berechtigten Wünsche der Handelsvertreter berücksichtige, in hohem Maße hinderlich sei[132]).

Diese Bedenken gegen die Unterstellung der Handlungsagenten unter die Arbeitsgerichtsbarkeit sind, — mit Ausnahme der Frage der Prozeßvertretung, die durch die Rechtsberatungsstellen der DAF. sachdienlich erfolgen kann, — auch heute noch bedeutsam. Aber ihre Bedeutung ist nicht mehr entscheidend; denn einmal schwand im Laufe der Zeit mehr und mehr die wirtschaftliche Selbständigkeit sehr vieler Handelsvertreter, deren Schutzbedürftigkeit sich noch erhöhte und zu einer allgemeineren Anerkennung, z. B. durch die Einführung des Pfändungsschutzes, führte. Zum andern ist der Widerspruch der betroffenen Kreise ob der Vorteile der Arbeitsgerichtsbarkeit heute verstummt und, wenn noch vorhanden, so unbeachtlich; denn aus der neuen Fassung des § 5 ArbGG. ist der gesetzgeberische Wille klar zu erkennen und der Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit abgrenzbar. Das Bedürfnis nach sozialem Schutz ist nurmehr als Auslegungsregel maßgebend. Entscheidend ist die infolge wirtschaftlicher Unselbständigkeit eingetretene Aehnlichkeit der wirtschaftlichen und sozialen Lage einer Person mit der des durchschnittlichen Gefolgsmanns, die auch bei einer Vielzahl von Handlungsagenten vorliegt. Die früher verschiedentlich

---

132) Behm Unzuständigkeit S. 10/11.

vertretene Meinung[133]), daß der Handlungsagent nie arbeitnehmerähnlich sein könne, ist daher abzulehnen.

Andererseits ist es nicht gerechtfertigt, die Handlungsagenten ganz allgemein grundsätzlich zu den arbeitnehmerähnlichen Personen zu rechnen, etwa weil die Begründung Versicherungsagenten als arbeitnehmerähnlich bezeichne, woraus die Arbeitnehmerähnlichkeit der Handlungsagenten ganz allgemein geschlossen werden könne[134]), oder aber, weil der Agent stets persönlich selbständig, aber wirtschaftlich abhängig sei, vermittle er doch für das Handelsgewerbe eines anderen[135]). Die erste Begründung läßt die besonderen Verhältnisse des Versicherungsagenturgewerbes außer Acht, in dem der einzelne Agent meist nur für eine Versicherungsgesellschaft tätig sein kann und daher wirtschaftlich von ihr abhängt, während sonst im Agenturgewerbe die Tätigkeit für mehrere Geschäftsherrn häufig und der gesetzliche Idealzustand ist. Die zweite Begründung verkennt das Wesen und die — trotz seiner Hilfsstellung in Beziehung zur Produktion — unter Umständen erhebliche wirtschaftliche Selbständigkeit des Handlungsagenten.

Es ist vielmehr jener heute wohl herrschenden Meinung beizutreten, die die Arbeitnehmerähnlichkeit des Handlungsagenten zwar nicht grundsätzlich bejaht, aber doch als möglich erscheinen läßt, die Entscheidung also auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalles treffen will[136]); denn einerseits gibt es große Agenturen,

133) Kaskel Arbeitsrecht 337, Müller bei Kaskel Arbeitsgerichtsbarkeit 120, Kaskel NZfA. 27/421 ff., Laarmann JW. 30/3067, Horne 81/84, AG. Hildesheim ArbGer. 27/372, AG. Frankfurt DHZ. 27/596; Beschluß des vorläufigen Reichswirtschaftsrates bei den Beratungen des Arbeitsgerichtsgesetzes (GKG. 1926/178), Schulte 62, der die Arbeitnehmerähnlichkeit deshalb grundsätzlich verneint, weil sich die Handelsvertreter gegen eine Unterstellung unter die Arbeitsgerichtsbarkeit wehren.

134) So Baumbach § 5 Anm. 4.

135) So Daßler ZBH. 1929/248.

136) Hueck-Nippedey II § 80b, Hueck ArbRS. RAG. 12/367 und Grundriß S. 43, Dersch-Volkmar § 5 Anm. 6d, Volkmar ArbGer. 27/

die für eine Vielzahl von Geschäftsherrn tätig sind, also nicht im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten, wirtschaftlich selbständig und deshalb fraglos nicht arbeitnehmerähnlich sind. Andererseits sind sämtliche Wesensmerkmale der Arbeitnehmerähnlichkeit mit der Handlungsagentenstellung vereinbar. Der Handlungsagent leistet Arbeit, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, also in persönlicher Selbständigkeit. Der Kreis seiner Geschäftsherrn kann sich auf bestimmte Auftraggeber beschränken. Der Agent kann infolge seiner Rechnungsgebundenheit in eine wirtschaftliche Unselbständigkeit geraten, die der des durchschnittlichen Gefolgsmanns ähnlich ist, und daher ähnlich schutzbedürftig sein. In solchen Fällen ist der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person geeignet, den nackten wirtschaftlichen Tatsachen Rechnung tragend, dem zwar formell selbständigen, aber wirtschaftlich abhängigen und schwachen Agenten sozialen Schutz zu gewähren, wie er ihm in beschränktem Umfange z. B. durch das österreichische Handelsagentengesetz schon ausdrücklich gewährt wird.

2. Abgrenzungssymptome.

a) Allgemeines.

Die Arbeitnehmerähnlichkeit eines Handlungsagenten wird sich letzten Endes aus der Gesamtwürdigung seiner tatsächlichen Stellung gegenüber einem Geschäftsherrn ergeben[137]). Denn das Merkmal der Aehnlichkeit macht

153ff., Seibertz 11, Warncke 184, Kallee ARK. ArbGer. III G., Schminke-Sell 164, Depène 26, Fuchs 119, Siebert Arbeitsrecht B 35/97, Molitor Arbeitsrecht 150, Defiebre 59, Scheider 14, Dersch-Kaskel 382, Groß KartA. Handlungsagent Zuständigkeit, Jonas § 1 VIII A 1a 78, Arb. RS. RAG. 2/232, 3/207, 4/255, 5/346, 8/19, 9/383, 10/576 und 579, 21/45, 25/226 (228) = RAG. 15/350 = JW. 36/1257.

137) Entscheidend ist also das Innenverhältnis, nicht etwa wie LAG. ArbRS. 34/125 meint, ob der Agent „nach seinem Auftreten" als arbeitnehmerähnlich anzusehen ist. Gesamtlage entscheidend: Carstens 113ff., Höhne 74, Erdel 91, Lieb 33, Pracht 24, Volkmar ArbGer. 27/153ff., Groß ARK. ArbGer. III A IV 2, Bescheid des RAM. vom 31. 12. 1925: NZfA. 26/303, ArbRS. RAG. 10/576, 25/226, 32/221.

einen Vergleich, also eine wertende Betrachtung der gesamten wirtschaftlichen Lage des Agenten gegenüber einem Geschäftsherrn mit der ihr entsprechenden eines durchschnittlichen Gefolgsmanns erforderlich. Einzelne Symptome sind jedoch für die Abgrenzung des arbeitnehmerähnlichen vom freien Handlungsagenten von besonderer Bedeutung. Sie lassen sich in zwei Gruppen einteilen. Die einen sprechen für wirtschaftliche Abhängigkeit, die andern für wirtschaftliche Schwäche. Das Zusammentreffen von Merkmalen beider Gruppen ist, da Arbeitnehmerähnlichkeit wirtschaftliche Abhängigkeit und Schwäche voraussetzt, erforderlich um einen Handlungsagenten als arbeitnehmerähnlich erscheinen zu lassen. Zur Abgrenzung ungeeignet sind dagegen diejenigen Merkmale, die wir zur Abgrenzung des Handlungsagenten vom Handlungsgehilfen verwandt haben, weil sie grundsätzlich nicht für wirtschaftliche, sondern für persönliche Abhängigkeit bezw. Selbständigkeit sprechen.

b) Symptome wirtschaftlicher Abhängigkeit.

Die nur gelegentliche Tätigkeit für den einen oder anderen Geschäftsherrn begründet keine Arbeitnehmerähnlichkeit; denn eine wirtschaftliche Abhängigkeit wird nur durch eine für die Dauer bestimmte vertragliche Bindung des Agenten an einen Geschäftsherrn begründet. Der Gelegenheitsagent ist nie und keinem seiner Auftraggeber gegenüber arbeitnehmerähnlich[138]).

Wird dagegen die Arbeitskraft des Handlungsagenten vermöge seiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber einem Geschäftsherrn für eine gewisse Dauer hauptsächlich in Anspruch genommen, so ist er von diesem wirtschaftlich abhängig. Der Einfirmenvertreter — Provisonsverter wie Generalagent — ist der Typ der arbeitnehmerähnlichen Agenten[139]), ohne daß die Bezeichnung,

138) Depène § 5 Anm. IV, 5, Carstens 113ff. 7.

139) Volkmar ArbGer. 27/154, Grub ARK. Provisionsvertreter Einzelfälle 3, Daßler 248, Fischer 62, Dersch-Volkmar § 5 Anm. 6d, Depène 128, Pracht 24, Staub § 84 Anm. 6, ArbRS. RAG. 12/367, 31/381 (384) RAG. 19/270, KG. JW. 28/2913.

hinter der sich auch ein Angestelltenverhältnis verbergen kann, entscheidend wäre[140]). Nebentätigkeit in beschränktem Umfang auch für andere Firmen steht der Arbeitnehmerähnlichkeit eines Handlungsagenten jedoch nicht entgegen, begründet allerdings diesen Firmen gegenüber keine Arbeitnehmerähnlichkeit[141]). Ebensowenig macht die nur nebenberufliche Tätigkeit einer Person als Vertreter sie zum arbeitnehmerähnlichen Agenten[142]). Vertritt der Handlungsagent dagegen eine Mehrzahl von Geschäftsherrn in etwa gleichem Umfang, so ist er von keinem wirtschaftlich abhängig und keinem gegenüber arbeitnehmerähnlich[143]). Von dieser Tätigkeit für mehrere Geschäftsherrn zu scheiden ist die in vielen Vertreterverträgen enthaltene Erlaubnis, etwa nach vorheriger Anzeige, in anderen Geschäftszweigen weitere Vertretungen zu übernehmen. Aus einer derartigen Abrede kann, da die tatsächliche Beschäftigungslage entscheidend ist, kein Schluß gegen die Arbeitnehmerähnlichkeit des Vertreters gezogen werden.

Die Art der Entlohnung — festes Gehalt oder Erfolgsvergütung — ist kein geeignetes Abgrenzungsmerkmal, da sie hauptsächlich für persönliche Selbständigkeit oder Abhängigkeit spricht[144]). Wenn auch die Gewährung festen Gehalts wirtschaftliche Unselbständigkeit erkennen läßt[145]), so ist doch gerade derjenige existenzgebundene Vertreter, der nur Provision erhält, oft sehr schutzbedürftig. Deshalb hebt auch die Begründung zu § 5 ArbGG. (S. 34) besonders hervor, daß auch derjenige Vertreter, der lediglich Provision bezieht, arbeitnehmerähnlich sein kann.

Auf die wirtschaftliche Unselbständigkeit deutet da-

140) OLG. Hamburg DR. 39/957, Volkmar ArbGer. 27/156.

141) Depène 129.

142) A. A. Josef JW. 28/2650, Carstens 113 ff., 6.

143) Kallee ARK. ArbGer. III G., Depène 128, Volkmar ArbGer. 27/153.

144) Rspr. Arb. 29/368, Josef JW. 28/2650; a. A. ArbRS. AG. 20/56.

145) Pracht 24.

gegen die Gewährung von Zuschüssen zu den Unkosten des Vertreters hin. Bezahlt der Geschäftsherr ganz oder auch nur teilweise die Büromiete, ersetzt er Spesen und andere Werbungskosten, so besteht in der Regel eine enge Verbindung der Geschäftsorganismen des Geschäftsherrn und des Agenten, die für wirtschaftliche Abhängigkeit[146]) spricht. Mit Recht weist jedoch das Reichsarbeitsgericht[147]) darauf hin, daß die Arbeitnehmerähnlichkeit nicht schon deshalb zu verneinen ist, weil der Agent alle Unkosten selbst trägt; denn der Ersatz der Geschäftsunkosten durch den Geschäftsherrn ist zwar eine denkbare, aber keine notwendige Folge der Existenzgebundenheit des Vertreters.

c) Symptome wirtschaftlicher Schwäche.

Der arbeitnehmerähnliche Agent muß auch wirtschaftlich schwach sein[148]), was vor allem bei den an sich wirtschaftlich abhängigen Generalagenten oft nicht der Fall ist. Wirtschaftlich schwach ist, wer wenig verdient und wenig besitzt. Die Höhe der Vergütung des Handlungsagenten und der Umfang seines Geschäftsorganismus bieten daher Anhaltspunkte für die Arbeitnehmerähnlichkeit eines Vertreters.

Ueberschreitet das durchschnittliche Monatseinkommen des Agenten dasjenige eines Angestellten der unteren Tarifklasse, so ist er nicht mehr arbeitnehmerähnlich, weil er des Schutzes des wirtschaftlichen Schwachen nicht mehr bedarf. Die Inhaber großer Agenturbüros können, auch wenn sie nur für einen Geschäftsherrn arbeiten, nie arbeitnehmerähnlich sein[149]).

Jeder Handlungsagent leitet einen eigenen Geschäftsorganismus. Dessen Existenz ist daher zur Abgrenzung

146) Fischer S. 13 u. 62, Carstens 113ff., ArbRS. LAG. 21/45, AG. 20/56 mit Anm. Hueck.

147) ArbRS. 10/579 (580/81).

148) ArbRS. RAG. 8/19, RAG. 7/167.

149) Dersch-Volkmar § 5 Anm. 6, Hueck-Nipperdey II/708, Arb. RS. RAG. 8/19.

des arbeitnehmerähnlichen vom freien Handlungsagenten ungeeignet. Eigene Firmenführung, eigene Geschäftsräume, eigene Steuerzahlung und Befreiung von der Sozialversicherungspflicht sind insoweit nichtssagende Merkmale[150]).

Dagegen läßt der Umfang des Geschäftsorganismus gewisse Schlüsse auf die wirtschaftliche Stärke des Agenten zu. Vielfach wird die Meinung vertreten, daß der nur ein Kleingewerbe (§ 4 HGB.) betreibende Handlungsagent stets arbeitnehmerähnlich sei[151]). Das Vorliegen eines Kleingewerbes ist ebenso wie geringes Betriebskapital[152]) oder geringer Umsatz ein Anzeichen wirtschaftlicher Schwäche. Wirtschaftliche Schwäche begründet jedoch für sich allein noch keine Arbeitnehmerähnlichkeit, sodaß jener erwähnten Meinung in ihrer Allgemeinheit nicht beigetreten werden kann[153]). Nach herrschender Lehre[154]) ist für die Abgrenzung des Kleingewerbetreibenden vom eintragungspflichtigen Kaufmann entscheidend, ob das Gewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Nur die Gesamtwürdigung der Stellung eines Vertreters ermöglicht eine Entscheidung darüber, ob er Minderkaufmann ist oder nicht. Demgegenüber sind für seine Arbeitnehmerähnlichkeit nur die Beziehungen zu einem ganz bestimmten Geschäftsherrn entscheidend. Der Begriff des Kleingewerbetreibenden ist ein absoluter, der der arbeitnehmerähnlichen Person ist ein relativer. Der Handlungsagent, dessen Betrieb ein Kleingewerbe ist, kann zwar wegen wirtschaftlicher Schwäche arbeitnehmerähnlich sein, aber er muß es nicht, da nicht jeder Kleingewerbetreibende existenzgebunden ist[155]).

150) Carstens 113ff., ArbRS. RAG. 12/367, 25/226 (228).

151) ArbRS. RAG. 3/207, 5/365, 9/383, 12/287 u. 367, Erdel 90, Fischer 62, Dersch-Volkmar § 5 Anm. 6d, Pracht 24, Schulte 84, Groß ARK. Handlungsagent III, Zuständigkeit, Baumbach § 5 Anm. 4 u. 6.

152) KG. JW. 28/2913, Lieb 33.

153) Hueck ArbRS. RAG. 36/256, Scheider S. 35, Defiebre 43, Horne 77, Carstens 113ff.

154) Staub § 4 Anm. 18, Düringer-Hachenburg § 4 Anm. 10.

155) RAG. 12/252, ArbRS. 17/440 mit Anm. Gerstel.

Auch die Eintragung eines Handlungsagenten ins Handelsregister spricht nicht ohne weiteres für seine wirtschaftliche Stärke und gegen seine Arbeitnehmerähnlichkeit, da sich die Verhältnisse seit der Eintragung geändert haben können[156]). Regelmäßig wird jedoch der eingetragene Handlungsagent nicht arbeitnehmerähnlich sein[157]). Die Anstellung von Untervertretern und sonstigen Angestellten im eigenen Namen, wie sie bei einem derartigen vollkaufmännischen Gewerbebetrieb regelmäßig stattfindet, spricht daher vermöge der wirtschaftlichen Stärke des Handlungsagenten gegen seine Arbeitnehmerähnlichkeit[158]).

IV. Die arbeitsrechtlichen Besonderheiten der Rechtslage des arbeitnehmerähnlichen Agenten. (Geltendes Recht. Reformgedanken).

§ 1. Besondere Treuebindung. Schutz durch den Geschäftsherrn.

1. Allgemeines.

Die im Rahmen des Agenturvertrages bestehenden Pflichten und Rechte werden durch Treuebindung der Parteien maßgebend beeinflußt, ähnlich wie beim Arbeitsverhältnis eine Reihe von Einzelrechten und -pflichten aus der allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht abzuleiten sind. Das erkannte man vereinzelt schon im bisherigen Recht an. So war der Geschäftsherr dem Handlungsagenten gegenüber gemäß § 618 Abs. 1 BGB. verpflichtet, Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften, die er zu beschaffen hatte, so einzurichten und zu unterhalten und die Arbeits-

156) Kersting DHZ. 28 Nr. 5.

157) Fischer 62, Carstens 113ff., Lieb § 5 Anm. 8, LAG. Dresdem vom 6. 9. 27, AG. Düren vom 12. 1. 28, Behm 26.

158) Oppermann Anm. DR. 39/957, Seibertz S. 12, Carstens 113f., 10.

leistungen, die unter seiner Leitung vorzunehmen waren, so zu regeln, daß der Handlungsagent gegen Gefahren für Leben und Gesundheit geschützt war[159]). Diese Pflicht ist eine Ausdrucksform jener Treuebindung, die zwischen Agent und Geschäftsherrn besteht.

Inhalt und Umfang einer Treuebindung sind je nach der Stellung der Vertragsparteien verschieden. Die Bindung ist um so stärker, je enger die persönlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten sind[160]). Sie ist deshalb auch im Agenturverhältnis verschieden gestaltet, je nachdem der Agent frei oder arbeitnehmerähnlich ist. Die Existenzgebundenheit des arbeitnehmerähnlichen Agenten und die enge Verflechtung seines Geshäftsorganismus mit demjenigen seines Geschäftsherrn führen zu einem weitgehenden Gleichklang der Interessen und damit einer Vertiefung der gegenseitigen Beziehungen, die einerseits eine erhöhte Treuepflicht des arbeitnehmerähnlichen Agenten, andererseits eine erhöhte Fürsorgepflicht des Geschäftsherrn zur Folge hat, dem der Agent seine Arbeitskraft weitgehend widmet. Eine analoge Anwendung einzelner grundsätzlich nur das Arbeitsverhältnis beherrschender Fürsorgebestimmungen erscheint deshalb geboten[161]). Für den arbeitnehmerähnlichen Agenten erstehen Pflichten und Rechte, die mit der Rechtstellung des freien Handlungsagenten unvereinbar sind.

2. Verschwiegenheitspflicht.

Die Verschwiegenheitspflicht des Handlungsagenten während des Bestehens des Agenturverhältnisses folgt aus seiner allgemeinen Treuepflicht, die gebietet, daß er das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrnimmt[162]). Er darf das ihm

159) Schlegelberger § 84 Anm. 34e, Schmidt-Rimpler 185.
160) Hueck Grundriß S. 96.
161) ArbRS. RAG. 27/7 mit Anm. Hueck; Spiro S. 63.
162) Staub § 84 Anm. 22b, Fischer 29, Rehme 6, Hütter 37, Albrecht-Tentler 33, RAG. 15/339 (342).

entgegengebrachte Vertrauen, vermöge dessen er einen allgemeinen Einblick in den Geschäftsorganismus des Prinzipals bekommt, nicht mißbrauchen. Er darf über betriebliche Angelegenheiten, die geeignet sind, den Geschäftsherrn zu schädigen, oder über Betriebs- und Geschäftsführung keine Angaben machen. Er darf sich keine herabsetzenden Bemerkungen über die Person des Geschäftsherrn erlauben. Verletzt er seine Treuepflicht, so macht er sich wegen positiver Vertragsverletzung oder, soweit seine Handlung im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des unlauteren Wettbewerbs erfolgt, gemäß § 1 UnlWG. schadensersatzpflichtig. Ausfluß dieser allgemeinen Verschwiegenheitspflicht ist auch das Verbot, anvertraute Vorlagen oder Vorschriften technischer Art durch Verwertung zu Wettbewerbszwecken oder aus Eigennutz zu mißbrauchen (§ 18 UnlWG.).

Die Treuepflicht des Handlungsagenten ist jedoch begrenzt durch seine eigenen wegen seiner Selbständigkeit ausgedehnten Interessen, mit denen eine für den Fall des Geheimnisverrats bestehende Strafdrohung nicht vereinbar ist. § 17 UnlWG., der dem „Angestellten" in dieser Weise den Verrat und die Verwertung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz oder um den Geschäftsinhaber zu schädigen verbietet, kann auf den freien Handlungsagenten auch nicht entsprechend angewendet werden[163]). Zwar ist auch er grundsätzlich zur Geheimhaltung verpflichtet. Aber eine unter Strafandrohung bestehende Verschwiegenheitspflicht ist mit seiner freien Unternehmerstellung unvereinbar, weil sie nur seine Unternehmerinitiative lähmen könnte.

Demgegenüber ist der arbeitnehmerähnliche Agent mit seinen Geschäftsherrn viel enger verbunden, weil das mit ihm abgeschlossene Vertragsverhältnis seine Existenz-

163) RG. JW. 27/2378, Becher § 17 B 4, Elster S. 258, Albrecht-Tentler 33, Schmidt-Rimpler 87, Fischer 29.

grundlage darstellt. Diese enge wirtschaftliche Verbindung führt auch zu einer Vertiefung des Treueverhältnisses und zu einem weiterreichenden Gleichklang der beiderseitigen Interessen. Es besteht ein auf gegenseitige Treue gegründetes Abhängigkeitsverhältnis, wie es in § 17 des UnlWG. vorausgesetzt ist. Für den Geschäftsherrn entspringen daraus — wie wir sehen werden — besondere Pflichten, sodaß auch den Agenten eine erhöhte Treuepflicht trifft. Vermöge der engen Verflechtung seines Geschäftsorganismus mit dem seines Geschäftsherrn kann er dessen Geschäftsbeziehungen besonders gut einsehen. § 17 UnlWG. aber liegt gerade der Gedanke zugrunde, den Geschäftsherrn vor den Gefahren einer solch engen Bindung, die notwendigerweise die Einsicht in Betriebsgeheimnisse wie Herstellungsmethoden, Geschäftsvorkommnisse, Kalkulationen, Finanzierungsmaßnahmen, Zukunftspläne, Bezugsquellen u. a. m. mit sich bringt, besonders zu schützen. Eine analoge Anwendung des § 17 UnlWG. auf arbeitnehmerähnliche Agenten entspricht daher dem Sinn des Gesetzes und der besonderen Treuepflicht des Agenten[164]).

Die aus dem Agententurverhältnis entspringende Verschwiegensheitspflicht endigt jedoch grundsätzlich mit der Lösung des Vertragsverhältnisses. Es kann im Rahmen dieser Arbeit unerörtert bleiben, ob und inwieweit die aus dem Arbeitsverhältnis entspringende allgemeine Treuepflicht eine Verschwiegenheitspflicht für den Gefolgsmann auch nach der Lösung des Arbeitsverhältnisses begründet[165]). Die Treuepflicht und damit auch die Verschwiegenheitspflicht im Rahmen des Agenturvertrags besteht nur soweit, als nicht überwiegende Interessen des Handlungsagenten ihr gegenüberstehen. Der arbeitnehmerähn-

164) Röhrig S. 45, 2, Schlegelberger § 84 Anm. 29, Callmann § 13. Anm. 27, der den Begriff des „Angestellten" ganz allgemein „nicht eng auslegen" und Agenten stets darunter fallen lassen will.

165) Bejahend: Dietz, Festschrift Hedemann 344 und Hueck-Nipperdey-Dietz § 2 Anm. 22, Schlegelberger § 59 Anm. 41; verneinend: Hueck Grundriß 96/97, Callmann § 17 Anm. 9, RGZ. 65/337.

liche Agent ist mit seiner wirtschaftlichen Unselbständigkeit und Schwäche an sich in seinem Fortkommen behindert. Aufgabe der Rechtsordnung kann es nur sein, ihm dieses Fortkommen zu erleichtern. Dem würde widersprechen, daß der arbeitnehmerähnliche Agent Kenntnisse und Fertigkeiten, die er sich in seinem bisherigen Betätigungsfeld erworben hat, nach Beendigung des Agenturverhältnisses nicht unbeschränkt verwerten darf, um sich eine neue Existenzgrundlage zu schaffen. Sein eigenes Interesse muß insoweit demjenigen seines früheren Geschäftsherrn voranstehen.

3. Recht auf Fortzahlung der Vergütung.

Ein Dienstverpflichteter, der ohne sein Verschulden durch einen in seiner Person liegenden Grund für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit an der Arbeitsleistung verhindert ist, behält seinen Lohnanspruch (§ 616 BGB.). Wer seine Arbeitskraft für einen Unternehmer einsetzt, soll in vorübergehenden Notzeiten auch der Fürsorge dieses Unternehmers teilhaftig werden. Der Dienstverpflichtete soll durch solche unvermeidlichen Unterbrechungen seiner Tätigkeit in seinem Einkommen, auf das er in der Regel für seinen Unterhalt angewiesen ist, nicht beeinträchtigt werden. Dem Unternehmer kann die Fortzahlung der Vergütung zugemutet werden. Er trägt das allgemeine Geschäftsrisiko und muß derart kurze Arbeitsunterbrechungen hinnehmen, fließen ihm doch andererseits auch die Geschäftsgewinne zu.

Dem freien Handlungsagenten ist dieser Lohnanspruch des § 616 BGB. grundsätzlich zu versagen[166]). Als Inhaber eines arbeitsintensiven Gewerbebetriebs stellt die Gefahr nicht nur der ergebnislosen, sondern seiner Betätigung überhaupt sein typisches Unternehmerrisiko dar Er kann, da er für eine Vielzahl von Geschäftsherrn

166) Erdel 92, Düringer-Hachenburg § 84 Anm. 4, Hütter 33, Jacusiel 71, Albrecht-Tentler S. 5, die gegen eine analoge Anwendung der entsprechenden Sonderbestimmung des § 63 HGB. sind.

tätig ist, besondere Unternehmergewinne erzielen und für Notzeiten vorsorgen. Es ist jedoch schon bisher die Meinung vertreten worden, daß § 616 BGB. auf Handlungsagenten dann und insoweit anwendbar sei, als ihnen — gleich wie hohe — feste Monatsbezüge oder (neben einer Erfolgsvergütung) ein Fixum gewährt werde[167]). Dieser Ansicht liegt der Gedanke zugrunde, daß die Gewährung festen Gehalts auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Agenten hindeute, daß der Agent diese Bezüge also für seinen Unterhalt benötige, der Geschäftsherr deshalb auf Grund seiner Treuepflicht verpflichtet sei, sie ihm zu belassen.

Der arbeitnehmerähnliche Agent befindet sich in ähnlicher Lage. Er ist, auch wenn er eine Erfolgsvergütung bezieht, stets wirtschaftlich abhängig. Er kann keine besonderen Unternehmergewinne erzielen, weil sein Absatz im wesentlichen an einen Geschäftsherrn gebunden ist. Seine wirtschaftliche Schwäche macht ihm die Vorsorge für Notzeiten unmöglich. Er ist schutzbedürftiger als der durch ein hohes Festgehalt entlohnte Agent, dem die Rechte des § 616 BGB. zustehen. Andererseits setzt er wie der Gefolgsmann dauernd seine Arbeitskraft im wesentlichen für eine Firma ein, sodaß dem Geschäftsherrn eine erhöhte Fürsorgepflicht obliegt, auf Grund deren ihm die Fortzahlung der Vergütung zuzumuten ist. Da demnach einerseits wirtschaftliche und soziale Gründe die Fortzahlung der Vergütung — bei Provisionsgewährung in ihrer durchschnittlichen Höhe — geboten erscheinen lassen, andererseits § 616 BGB. eine persönliche Abhängigkeit des Dienstverpflichteten nicht voraussetzt[168]), eine entsprechende Anwendung also gestattet, sind beide vom RAG. (ArbRS. 27/7) aufgestellten Voraussetzungen dafür, daß der arbeitnehmerähnliche Agent ebenso zu behandeln ist wie die Gefolgschaftsmitglieder des Unternehmers, ge-

167) Schlegelberger § 84 Anm. 34d, Düringer-Hachenburg § 84 Anm. 4.

168) Staudinger (9), § 616 Anm. I, 3.

geben, ihm also das Recht auf Fortzahlung der Vergütung gemäß § 616 BGB. einzuräumen.

4. Urlaub.

Aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Unternehmers entspringt seine Verpflichtung, für das Wohl seiner Gefolgsleute zu sorgen. „Der Urlaub ist eine der vielen Ausdrucksformen dieser Fürsorgepflicht“ [169]). Er entspricht der allgemeinen Sitte und dem Volksempfinden und deshalb ist die Verpflichtung zur Urlaubsgewährung als Teilstück dieser allgemeinen Fürsorgepflicht ohne besondere Bestimmung oder Vereinbarung anzuerkennen [170]). Träger des Urlaubsrechts ist der Gefolgsmann, der seine Arbeitskraft dauernd in den Dienst eines Unternehmers stellt. Zur Urlaubgewährung verpflichtet ist der Unternehmer, dem die Vorteile dieser Arbeitsleistung zufließen. Er erfüllt diese Verpflichtung nicht nur im Interesse des einzelnen, sondern auch im Interesse der Volksgemeinschaft; denn die Arbeitskraft ist ein hohes nationales Gut, dessen pflegliche Behandlung von der Volksgemeinschaft verlangt werden muß [171]). Der Urlaubanspruch steht grundsätzlich allen Gefolgsleuten ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Stärke zu. Für den wirtschaftlich Schwachen, der sich eine unbezahlte Freizeit ohne Einschränkung seiner Lebenshaltung nicht leisten könnte, ist er jedoch von besonderer Bedeutung.

Der arbeitnehmerähnliche Agent befindet sich in einer ähnlichen Lage wie der durchschnittliche Gefolgsmann. Auch er stellt seine Arbeitskraft im wesentlichen in den Dienst eines Geschäftsherrn, dem deshalb eine gewisse

169) Pawelitzki 82.

170) Hueck Grundriß 124 u. Festschrift Hedemann 325; Begründung, Entwurf S. 80; Hueck-Nipperdey-Dietz § 2 Anm. 17e, Nikisch ZADR. 38/42, Siebert DAR. 37/22, Schlegelberger § 59 Anm. 87, Pawelitzki 79, Mansfeld ArbRS. LAG. 30/244, RAG. ArbRS. 23/170, 31/275, JW. 38/701, ArbRS. AG. 27/93.

171) Nikisch ZADR. 38/43, § 74 Entwurf, Dersch DAR. 38/193, Pawelitzki 79.

Fürsorgepflicht obliegt. Die Erhaltung seiner Arbeitskraft liegt ebensosehr im Gemeininteresse. Darüber hinaus ist er besonders schutzbedürftig. Zwar ist er ein ganz kleiner Unternehmer. Aber ob seiner wirtschaftlichen Schwäche kann er nicht wie der freie Unternehmer in etwaigen Urlaubszeiten auf seine Vergütung verzichten. Bezahlter Urlaub ist gerade für ihn dringend geboten. Wirtschaftliche und soziale Gründe verlangen daher, daß dem arbeitnehmerähnlichen Agenten ein ähnlicher Urlaubsanspruch zusteht wie dem Gefolgsmann. Da andererseits auch aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Geschäftsherrn, dem die Arbeitskraft des arbeitnehmerähnlichen Agenten ebenso zugute kommt wie die des Gefolgsmanns, der daher neben der Volksgemeinschaft an ihrer Erhaltung das größte Interesse haben muß, die Verpflichtung zur Urlaubserteilung abgeleitet werden kann, sind die beiden vom RAG. (ArbRS. 27/7) aufgestellten Voraussetzungen für die sachlich rechtliche Gleichstellung des arbeitnehmerähnlichen Agenten mit dem Gefolgsmann gegeben. Der arbeitnehmerähnliche Agent hat daher gegenüber seinem Geschäftsherrn ein Recht auf bezahlten Urlaub[172]).

5. Zeugnis.

Nach dem allgemein gehaltenen Wortlaut des § 630 BGB. scheint die Pflicht zur Erteilung eines Dienstzeugnisses im Rahmen jedes dauernden Dienst- oder dienstvertragähnlichen Verhältnisses zu bestehen. Dem entsprach die früher vertretene Ansicht, daß jeder Hand-

172) Dem entspricht der in Tarifordnungen geregelte Urlaubsanspruch des Heimarbeiters, dessen Stellung zu seinem Auftraggeber der des arbeitnehmerähnlichen Agenten zu seinem Geschäftsherrn entspricht. Vgl. z. B. TO. für den Erholungsurlaub der im deutschen Spinnstoffgewerbe in Heimarbeit Beschäftigten (RABl. 37 VI 176); TO. über die Urlaubsregelung für die in der Schuhwarenherstellung im Gebiete des Deutschen Reichs in Heimarbeit Beschäftigten (RABl. 37 VI/351); Urlaubsvorschriften der Reichsrahmen-TO. für die Heimarbeit in der deutschen Obst- und Gemüsekonservenindustrie (RABl. 37 VI 352).

lungsagent ein Dienstzeugnis fordern könne[173]). Das RG. hat demgegenüber in einer allgemein gebilligten Entscheidung[174]) den Standpunkt vertreten, daß eine Pflicht zur Zeugniserteilung nur bei solchen dauernden Dienstverhältnissen bestehe, die eine Unterordnung und damit eine persönliche Abhängigkeit des einen Vertragspartners vom andern begründeten. Im Anschluß daran hat es den Zeugnisanspruch des Handlungsagenten, der nicht untergeordnet sei, verneint.

Die Begründung des RG. trifft nicht die entscheidenden Gesichtspunkte. Die Pflicht zur Zeugniserteilung ist eine Ausdrucksform der allgemeinen Fürsorgepflicht des Unternehmers[175]). Sie ist daher an zwei Voraussetzungen gebunden. Einmal muß ein Vertragsverhältnis bestehen, innerhalb dessen einer Person — da die Pflicht zur Zeugniserteilung oft Beurteitungspflicht ist — vermöge ihrer übergeordneten Stellung eine Beurteilungsmöglichkeit gibt. Ein derartiges Verhältnis wird auch durch den Abschluß eines Agenturvertrages begründet, der dem Geschäftsherrn ein Weisungsrecht, also eine gewisse übergeordnete Stellung[176]) und damit eine Beurteilungsmöglichkeit einrärmt. Zum andern muß, da jede Fürsorgepflicht eine Fürsorgebedürftigkeit voraussetzt, ein Bedürfnis nach Erteilung eines Dienstzeugnisses vorliegen. Dieses Bedürfnis bemißt sich nicht nach der Sachlage des Einzelfalles, sondern nach der durchschnittlichen Lage einer bestimmten Personengruppe. Es fehlt dem freien Handlungsagenten, der infolge seines umfassenden Geschäftsbetriebs, seiner Tätigkeit für viele Geschäftsherrn, auf die Beurteilung durch einen von ihnen nicht angewiesen ist. Der arbeitnehmerähnliche Agent dagegen,

173) OLG. Dresden LZ. 15/1579, Staub (9) § 84 Anm. 34.

174) RGZ. 87/441. — Staub § 84 Anm. 34, Düringer-Hachenburg § 84 Anm. 7, Staudinger § 630 Anm. I, 3, Schmidt-Rimpler 185, Albrecht-Tentler 23, Jacusiel 93, Schmidt 28.

175) Vgl. Begründung zu § 11 Entwurf, Hueck Festschrift Hedemann 323, Richter DAR. 38/199.

176) Schlegelberger § 92 Anm. 9.

dessen Tätigkeit für einen Geschäftsherrn einen wesentlichen Teil seiner Arbeitskraft ausmacht, bedarf, um seine Brauchbarkeit und Vertrauenswürdigkeit sichtbar und nachdrücklich anderweitig nachweisen zu können, bei Verlust seiner Stelle eines Zeugnisses ebensosehr wie etwa der Handlungsgehilfe, dem er in seiner wirtschaftlichen und sozialen Lage ähnlich ist. Da den Geschäftsherrn die Ausstellung eines Zeugnisses nicht übermäßig belastet, ihm daher zuzumuten ist, steht dem arbeitnehmerähnlichen Agenten ein Zeugnisanspruch zu[177]).

§ 2. Schutz vor Dritten und vor dem Geschäftsherrn.

1. Allgemeines.

Allen in wirtschaftlicher Abhängigkeit arbeitenden schutzbedürftigen Personen sollen die Vorteile der Arbeitsgerichtsbarkeit zugute kommen, deren billige, schnelle und sachkundige Rechtsprechung den Schutz der Interessen dieser Personen besser gewährleistet als es die ordentlichen Gerichte vermögen. Dieser Schutzgedanke führte zur Prägung des Begriffs der arbeitnehmerähnlichen Person[178]). Ihre Schutzbedürftigkeit erschöpft sich jedoch nicht in dem Bedürfnis nach Unterstellung unter die Arbeitsgerichtsbarkeit (§ 5 ArbGG). Sie kann — was insbesondere § 2 Abs. 3 HAG. alter Fassung (vom 23. März 1934) anerkannte — in ausgedehnterem Umfange bestehen. Der arbeitnehmerähnliche Agent, für den ebenso wie für den Gefolgsmann das Arbeitseinkommen existenznotwendig und der auf die dauerhafte und unbeschränkte Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesen ist, bedarf eines umfassenden Schutzes, damit seine Existenzgrundlage gesichert ist. Seine Stellung ist der des durchschnittlichen Gefolgsmanns ähnlich. Wo wirtschaftliche und soziale Gründe gebieterisch fordern, daß ihm eine gleiche Behandlung zu-

177) ArbRS. LAG. 24/174 mit Anm. Hueck, RAG. 27/7 mit Anm. Hueck = 16/272 = JW. 36/2664 mit Anm. Oppermann; Schlegelberger § 92 Anm. 9, der allen Agenten einen Zeugnisanspruch einräumen will.

178) Hueck-Nipperdey II 707 f., Horne S. 54.

teil wird wie dem Gefolgsmann und wo die geltenden gesetzlichen Bestimmungen eine dieser Forderung entsprechende Auslegung gestatten, ist ihm schon im geltenden Recht ein entsprechender Schutz zu gewähren[179]). Soweit eine analoge Anwendung zweckmäßig, aber nach geltendem Recht nicht möglich erscheint, muß er de lege ferenda ausreichend geschützt werden.

2. Lohnschutz.

Der arbeitnehmerähnliche Agent ist auf die Vergütung, die er von dem Geschäftsherrn, demgegenüber er als arbeitnehmerähnlich anzusehen ist, erhält, zur Bestreitung seines Lebensunterhalts regelmäßig in gleicher Weise angewiesen wie der Gefolgsmann.

Es muß deshalb de lege ferenda gefordert werden, daß der arbeitnehmerähnliche Agent analog § 64 HGB. die verdiente Vergütung monatlich ausbezahlt erhält. Er wird ob seiner wirtschaftlichen Schwäche aus eigenen Mitteln für seinen Unterhalt regelmäßig nichts vorschießen können. Eine halbjährliche Abrechnung, wie sie § 88 Abs. 4 HGB. vorsieht, ist mit seinem dringenden Bedürfnis, möglichst rasch die verdiente Vergütung zu erhalten, unvereinbar.

Der Unterhaltscharakter seiner Vergütungen erfordert darüber hinaus einen besonderen Schutz vor Einwirkungen Dritter. Dieser Schutz liegt sowohl im Interesse des Agenten und seiner Familie selbst, die nicht notleiden sollen, als auch im Interesse des Staates, dem diese Personen im Rahmen der öffentlichen Armenpflege nicht unnötig zur Last fallen dürfen. Er ist also unabdingbar.

a) Pfändungsschutz.

Der Gedanke, daß nicht so sehr die persönliche als vielmehr die wirtschaftliche Abhängigkeit eines besonderen rechtlichen Schutzes bedarf, hat sich im materiellen

179) ArbRS. RAG. 27/7 mit Anm. Hueck, Spiro 63.

Arbeitsrecht zuerst auf dem Gebiete des Lohnpfändungsschutzes durchgesetzt.

Schon die frühere Rechtsprechung hat im Anschluß an § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes (in Verbindung mit § 850 Nr. 1 ZPO. und § 1 der Lohnpfändungsverordnung) die wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne einer vollständigen oder hauptsächlichen Bindung der Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten an ein Dienstverhältnis als wesentliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Normen des Pfändungsschutzes anerkannt[180]). Aber sie forderte neben dieser wirtschaftlichen auch noch eine von Rechtswegen bestehende persönliche Abhängigkeit[181]). Die damals herrschende Meinung[182]) beantwortete die Frage, ob eine derartige persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit vorliege, nach rein formalrechtlichen Gesichtspunkten. Ein Rechtsverhältnis wurde daraufhin untersucht, ob ihm das Gesetz den Charakter eines persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses beilegte. Demzufolge war der Vergütungsanspruch des Handlungsagenten, der von Rechtswegen persönlich selbständig ist, mochte er wirtschaftlich auch noch so unselbständig und schutzbedürftig und daher arbeitnehmerähnlich sein, pfändungsrechtlich nicht gschützt.

Das Gesetz vom 24. Nov. 1934 hat dann in § 850b ZPO. neben Arbeits- und Dienstlohn auch sonstige wiederkehrend zahlbare Vergütungen für geleistete Arbeit dem Pfändungsschutz unterworfen, wenn die zu vergütenden Leistungen die Erwerbstätigkeit des Schuldners vollständig oder zu einem wesentlichen Teil in Anspruch nehmen. „Wiederkehrend zahlbar" erfordert dabei keineswegs gleiche oder auch nur annähernd gleiche Größe der einzelnen Raten, sondern will nur andeuten, daß ein ständiges Vertragsverhältnis bestehen muß, vermöge dessen die in

180) RGZ. 91/159, Warn. 14 Nr. 384.

181) Stein-Jonas (14) nach § 850 II b; RGZ. 71/335, 91/159.

182) RAG. 7/172, OLG. 13/209, 19/16, Stein-Jonas nach § 850 II b, Albrecht-Tentler 123.

einem bestimmten Zeitabschnitt erwachsenen Ansprüche durch persönliche Zahlungen beglichen werden[183]). Wer aber im Rahmen eines Dienstverhältnisses Arbeit gegen wiederkehrend zahlbare Vergütung in einem Umfang leistet, der seine Erwerbstätigkeit vollständig oder wesentlich ausfüllt, ist existenzgebunden und damit wirtschaftlich abhängig in dem von uns besprochenen Sinne. Nur, aber auch stets wirtschaftliche Abhängigkeit ist also für die Anwendbarkeit des § 850b ZPO. erforderlich. Der wirtschaftlich abhängige Handlungsagent, der arbeitnehmerähnliche sowohl als auch der zwar existenzgebundene aber wirtschaftlich starke, genießt also den Pfändungsschutz des § 850b ZPO.[184]). Daß jeder wirtschaftlich abhängige Agent diesen Schutz genießt, ergibt sich aus dem besonderen Zweck des Pfändungsschutzes, jedem, dem wirtschaftlich Schwachen wie dem Starken, wegen seiner Abhängigkeit ein gewisses Existenzminimum zu sichern.

Demgegenüber sind die einzelnen Vergütungsansprüche des freien Handlungsagenten, der für eine Vielzahl von Geschäftsherren arbeitet, von ihnen vielleicht auch nur in unregelmäßigen Abständen Arbeitseinkünfte erhält, weil seine Tätigkeit für jeden einzelnen Geschäftsherrn seine Erwerbstätigkeit nicht hauptsächlich oder wesentlich in Anspruch nimmt, nicht nach § 850b ZPO. in gesetzlichen Umfange ohne weiteres unpfändbar. Es bedarf insoweit vielmehr gemäß § 850e ZPO. eines besonderen Antrags des Handlungsagenten, da, weil er nicht existenzgebunden ist, seine Schutzbedürftigkeit im Einzelfalle nicht von vorneherein zu vermuten ist[185]).

§ 850b schließt § 850e ZPO. aus. Die Vergütungsansprüche des arbeitnehmerähnlichen Agenten sind daher

183) Jonas (16) § 850b Anm. II, 2.

184) Sebode 3073, LG. Berlin JW. 37/1445 u. 38/1050, Kersting JW. 35/89, Rühling § 850b Anm. B 1b, OLG. Dresden HRD. 36 Nr. 706.

185) KG. JW. 35/1892, Kersting JW. 35/89, Sebode 3073, a. A. Rühling § 850b Anm. B 3a u. scheinbar Jonas § 850b Anm. II 2a, der die Vergütungsansprüche aller „echten" Handlungsagenten dem § 850b unterfallen lassen will.

nicht nur auf Antrag dem Pfändungsschutz zu unterstellen. Dies kann zweifelhaft sein, weil die amtliche Begründung zu § 850e ZPO.[186]) davon spricht, daß gewisse Personengruppen, die in einem „arbeitnehmerähnlichen Verhältnis" tätig sind, den Vollstreckungsschutz auf Antrag genießen können. Der hier verwandte Begriff des „arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses" deckt sich jedoch nicht mit dem in § 5 ArbGG. definierten allgemeinen Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit. Dies ist aus der Aufzählung der Personengruppen ersichtlich, die nach dem Willen des Gesetzgebers durch § 850e ZPO. geschützt werden sollen; denn die dort genannten Makler, die stets eine freie und selbständige Tätigkeit ausüben, also nicht „im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen arbeiten", sind niemals arbeitnehmerähnlich im Sinn des § 5 ArbGG. Die amtliche Begründung steht also unserer Rechtsansicht nicht entgegen.

Der gemäß § 850b ZPO. unpfändbare Lohnteil des arbeitnehmerähnlichen Agenten ist im übrigen ebenso geschützt wie der des Gefolgsmanns. Das Verbot diesen Lohnteil zu verpfänden (§ 1274 BGB.) oder abzutreten (§ 400 BGB.), schützt den arbeitnehmerähnlichen Agenten vor eigenen Verfügungen unter dem Druck wirtschaftlicher Not. Im gleichen Umfang ist — ausgenommen Ansprüche aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung — eine Aufrechnung des Geschäftsherrn (§ 394 BGB.) gegen diesen Lohnteil oder, was ihr wirtschaftlich gleichkäme, ein Zurückbehaltungsrecht an ihm ausgeschlossen[187]).

b) Konkursprivileg.

Viel umstritten und insbesondere in wirtschaftlichen Krisenzeiten wegen der vermehrten Zahl von Konkursen sehr bedeutsam ist die Frage, ob und inwieweit Handlungsagenten das Konkursvorrecht des § 61 Ziff. 1 KO.

186) DJ. 34/1365.

187) RGZ. 85/117, Hueck Grundriß 118, Schlegelberger § 59 Anm. 79, Düringer-Hachenburg § 59 Anm. 40; § 62 Entwurf.

beanspruchen können. Das Vorrecht steht nur solchen Personen zu, die sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zur Leistung von Diensten „verdungen" haben. „Sich verdingen" setze — behauptet man — ein Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit vom Gemeinschuldner voraus, sodaß die Vergütungsansprüche der Handlungsagenten wegen deren gesetzlich anerkannter persönlicher Selbständigkeit nie bevorrechtet seien [188]).

Dieser Meinung kann in ihrer Allgemeinheit nicht beigetreten werden, weil sie den Begriff des „sich Verdingens" nicht zweckentsprechend auslegt. Aus dem Grundgedanken des § 61 Ziff. 1 KO. erkennen wir sein rechtes Wesen. Das Konkursvorrecht soll aus sozialen Gründen demjenigen zustehen, der dauernd für den Gemeinschuldner zu einem Preis gearbeitet hat, der meist nur sein Existenzminimum darstellt. Solch dauernde Arbeitsleistung für andere muß nicht notwendig in persönlicher Abhängigkeit erfolgen. Stets aber läßt sie auf wirtschaftliche Abhängigkeit schließen. Der Dienstverpflichtete kann wegen seiner Existenzgebundenheit das Dienstverhältnis nicht ohne weiteres aufgeben. Steht ihm gegen den Dienstherrn eine rückständige Lohnforderung zu, so wird er, um die Beziehungen zu ihm nicht zu trüben und seine Existenzgrundlage nicht zu gefährden, nicht gleich auf Erfüllung klagen. Seine diesbezügliche Zurückhaltung hängt nicht mit einer mehr auf persönlicher Abhängigkeit beruhenden Ehrerbietung gegenüber seinem Dienstherrn zusammen — einer Tugend, die heute bei vielen Dienstverpflichteten an sich nurmehr schwach ausgeprägt ist —, auch nicht mit wirtschaftlicher Schwäche, weil Arbeitsgerichtsbarkeit und Rechtsberatungsstellen der DAF. eine billige Rechtsverfolgung ermöglichen, sondern

188) H. M. vgl. RGZ. 62/299 135/307, ArbRS. RAG. 28/44 mit Anm. Volkmar; Staub § 88 Anm. 21, Albrecht-Tentler 181, Schmidt-Rimpler 167, Mentzel § 61 Anm. 14, Hütter 58, Horne 5; Jäger § 61 Anm. 14a verneint das Vorrecht nur grundsätzlich; a. A. Jacusiel 127/28.

mit seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit[189]). Sie hindert ihn an der Geltendmachung seiner Lohnansprüche. Wer sich in solcher Lage befindet, hat sich „verdungen". Im Falle der Konkurseröffnung erscheint eine Bevorrechtung seiner Lohnforderungen aus der jüngsten Vergangenheit (dem letzten Jahr) gerechtfertigt und geboten. § 61 Ziff. 1 KO. setzt also nicht ein speziell persönliches Unterordnungsverhältnis, sondern ganz allgemein ein schutzbedürftiges Abhängigkeitsverhältnis voraus[190]). Ebenso wie für den Pfändungsschutz schon vor seiner Neuregelung die wirtschaftliche Abhängigkeit verschiedentlich als der Grund der Schutzbedürftigkeit erkannt wurde[191]), muß sie auch für die Zubilligung des Konkursvorrechts schon im geltenden Recht ausschlaggebend sein. Es bedarf nur einer sinngemäßen Auslegung des § 61 Ziff. 1 KO. Denn beide Schutzbestimmungen verfolgen den gleichen Zweck: die Sicherung der Existenzgrundlage dessen, der seine Arbeitskraft ganz oder zu einem wesentlichen Teil in den Dienst eines anderen gestellt hat. Auch die rückständigen Vergütungsforderungen des arbeitnehmerähnlichen Agenten sind ob seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit daher bevorrechtet[192]).

---

189) Jäger KO. § 61 Anm. 14.

190) RGZ. 38/113.

191) OLG. Königsberg HRR. 34 Nr. 1628, Richter Anm. JW. 34/1926.

192) Fischer 60, Schäfer-Somborn 46, Albrecht 82, Rehme 12, Schmidt 34 u. 83, LAG. Kassel Rspr. Arb. 29/363 mit zustimmender Anm. von Volkmar, a. A. ArbRS. RAG. 10/579 = RAG. 7/166; RAG. ArbRS. 12/287, Scheider S. 25; — ArbRS. LA. 26/132 (134), das — was nicht entscheidend sein dürfte — dem arbeitnehmerähnlichen Agenten, weil er nicht der Betriebsgemeinschaft angehöre, das Konkusvorrecht versagen will. Vgl. dem gegenüber die Bestrebungen, alle Handlungsagenten im Konkurs zu bevorrechten (Graßhoff JW. 34/2666, Jacusiel S. 128; Eingabe der Berliner Industrie- u. Handelskammer an den Landesausschuß der Preußischen Handelskammern vom 24. 4. 22; Antrag an die Reichsregierung im Jahre 1926: vgl. auch § 51 Ziff. 2 der Oesterreichischen KO.), was, soweit sie wirtschaftlich selbständig sind, de lege lata abzulehnen ist.

3. Schutz vor ungerechtfertigter Risikoübernahme.

I. Die Abwälzung des Geschäftsrisikos auf den Gefolgsmann unter Mißbrauch seiner Abhängigkeit ist in der Regel sittenwidrig [193]).

Demgegenüber steht der freie Handlungsagent seinem Geschäftsherrn grundsätzlich gleichberechtigt und gleich mächtig gegenüber. Vermöge seiner selbständigen Stellung erscheint die Uebernahme geschäftlichen Risikos durch ihn gerechtfertigt. Er befindet sich in keinem Abhängigkeitsverhältnis, das von Seiten eines Geschäftsherrn zur Risikoabwälzung mißbraucht werden könnte. Die Uebernahme geschäftlichen Risikos durch wirtschaftlich selbständige Handlungsagenten wird daher grundsätzlich nicht sittenwidrig sein können.

Die Sittenwidrigkeit einer Risikoabwälzung auf den Gefolgsmann wird weniger durch den Mißbrauch seiner persönlichen, als vielmehr seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit begründet. In einer ähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit wie der durchschnittliche Gefolgsmann befindet sich der arbeitnehmerähnliche Agent. Die Risikoabwälzung auf ihn kann daher sittenwidrig sein. Sie ist es dann, wenn der Geschäftsherr unter Ausnützung seiner wirtschaftlichen Machtstellung auf den Agenten ein Risiko abwälzt, das die Auskömmlichkeit seines Verdienstes ausschließt [194]). Unter diesem Gesichtspunkt wird insbesondere die Delkredereübernahme durch den arbeitnehmerähnlichen Agenten häufig sittenwidrig sein [195]).

II. Wiederholt — insbesondere durch einen Entschluß des 8. Deutschen Handelsvertretertages in Nürnberg [196]) — ist gefordert worden, daß der Handelsvertreter die Uebernahme des Delkredere ablehnen solle und daß de

---

193) RG. JW. 1910/5.

194) RAG. ArbRS. 31/381 (384) = RAG. 19/110 (113) = ARK. Handlungsgehilfe Einzelfälle 4.

195) Fischer 26.

196) Verhandlungsbericht des 8. Kongresses der deutschen Handelsvertreter in Nürnberg vom 7.—9. Juni 1925, S. 129.

lege ferenda die Vereinbarung der Delkrederehaftung des Handlungsagenten für nichtig zu erklären sei. Die Verpflichtung, für den Zahlungseingang der durch den Handlungsagenten vermittelten Geschäfte zu haften, ist in der Tat sehr schwerwiegend und gefahrvoll. Der Geschäftsherr kann an ihr jedoch ein erhebliches Interesse haben. Sie hält den Handlungsagenten davor ab, leichtfertig Geschäfte abzuschließen, und zwingt ihn, die Zahlungsfähigkeit der Kunden zu prüfen. Sie erscheint gerechtfertigt, weil der Handlungsagent seinen Kundenstamm besser kennt und leichter beeinflussen kann, die Gefahr des Zahlungseingangs also besser beherrscht als der Geschäftsherr. Solange der Handlungsagent wirtschaftlich selbständig ist, der Geschäftsherr ihn also zur Uebernahme des Delkredere auch nicht mittelbar zwingen kann, erscheint die Delkrederehaftung nicht ungerechtfertigt. Sie kann vom Recht nicht mißbilligt werden.

Anders ist die Sachlage zu beurteilen, wenn der Handlungsagent wirtschaftlich abhängig und noch dazu wirtschaftlich schwach ist. Hier ist die Delkredereübernahme häufig ein Ausfluß der wirtschaftlichen Uebermacht des Geschäftsherrn. Der arbeitnehmerähnliche Agent wird sich ob seiner wirtschaftlichen Schwäche keinen Fond aufbauen können, um eventuelle Ausfälle zu decken. Die Delkrederehaftung bringt für ihn nur die Gefahr einer Verschuldung mit sich. Vor ihr, die seine wirtschaftliche Existenz gefährdet, muß er möglichst geschützt werden. Hinter dieser Schutzbedürftigkeit haben die Interessen des Geschäftsherrn zurückzutreten. Die Delkredereübernahme durch den arbeitnehmerähnlichen Agenten ist daher de lege ferenda für nichtig zu erklären.

4. Kündigungsschutz.

I. Es ist durchaus verständlich, daß man zuerst auf dem Gebiete des Lohnschutzes im materiellen Arbeitsrecht ganz allgemein die wirtschaftliche Abhängigkeit als den wahren Grund für die Schutzbedürftigkeit zahlloser

Dienstverpflichteter erkannte. Der Wunsch nach Ausdehnung arbeitsrechtlicher Normen war hier besonders brennend. Seine frühzeitige Erfüllung erklärt sich aus dem überragenden privaten und öffentlichen Interesse daran, dem existenzgebundenen Dienstverpflichteten ein auskömmliches Dasein zu sichern. Damit war der arbeitnehmerähnliche Agent insoweit seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit entsprechend ausreichend geschützt. Aber seine Schutzbedürftigkeit erschöpft sich nicht darin. Nicht minder bedeutsam für ihn ist der Bestand seines Dienstverhältnisses überhaupt. Er muß, da das Kündigungsrecht — ob seines Charakters als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die Rechtswirkungen ausübt, ohne daß es der Zustimmung des andern Vertragsteils bedarf — eine „Befugnis von außerordentlicher Tragweite in der Hand des wirtschaftlich stärkeren Vertragspartners darstellt“ [197]), wegen seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit und Schwäche vor einer ungerechtfertigten und vor allem kurzfristigen Kündigung seitens seines Geschäftsherrn geschützt werden.

Im geltenden Agenturrecht kommen wegen der vorausgesetzten Gleichheit des Agenten mit dem Geschäftsherrn neben der dispositiven Vorschrift des § 92 HGB. arbeitsrechtliche Kündigungsschutzbestimmungen nicht zur Anwendung [198]). Inwieweit ganz allgemein im Agenturrecht ihre Anwendbarkeit de lege ferenda wünschenswert erschiene, soll hier nicht erörtert werden. Der arbeitnehmerähnliche Agent jedenfalls bedarf, da er der wirtschaftlich schwächere Vertragsteil ist, eines ausgeprägten Kündigungsschutzes. Er ist wie der Gefolgsmann des Arbeitsrechts existenzgebunden. Das Recht muß ihm seine Existenzgrundlage möglichst zu erhalten versuchen. Ob seiner Angestelltenähnlichkeit ist er, wie die Vielzahl der Angestellten, sozial schwerfälliger und kann sich

197) Anthes S. 1.

198) Schlegelberger § 92 Anm. 1, Groß ARK. Handlungsagent III, Albrecht-Tentler 5.

nicht ohne weiteres umstellen. Darüber hinaus macht ihn die Eigenart seiner Betätigung noch besonders schutzbedürftig, weil ihm mit der Lösung seiner vertraglichen Beziehungen zu seinem Geschäftsherrn regelmäßig ein erheblicher Teil seiner Kunden verloren geht, indem sie seinem Geschäftsherrn erhalten bleiben. Ein häufiger Wechsel der Vertreter ist für den Geschäftsherrn besonders verlockend, weil ihm jeder neue Vertreter neue Kunden zuführt. Manche Firmen haben es oft nur auf den Kundenstamm eines Vertreters abgesehen. Nachdem sie mit dem Kundenkreis bekannt geworden sind, lösen sie ohne Rücksicht auf das Schicksal des Vertreters die Beziehungen zu ihm. Den arbeitnehmerähnlichen Agenten trifft ein solch unsoziales Verhalten besonders hart, weil der Verlust seines Kundenstammes — von ihm vielleicht in jahrelanger Arbeit aufgebaut — den völligen Verlust seiner entscheidendsten Produktionsveranstaltung darstellt.

II. Man könnte zunächst daran denken dem arbeitnehmerähnlichen Agenten ein Klagerecht auf Widerruf einer sozial zu mißbilligenden Kündigung analog § 56 AOG. einzuräumen. Es besteht eine Tendenz, die Bestimmungen der §§ 56ff. AOG., die zunächst nur für größere Betriebe gelten, auch auf Kleinbetriebe auszudehnen [199]). Aber immer setzt die Kündigungswiderrufsklage voraus, daß der Klagende dienendes Glied einer Betriebsgemeinschaft ist. „Der Gesetzgeber sieht in vollem Einklang mit der starken Betonung der Gemeinschaftsarbeit und der Betriebsverbundenheit (§ 1 OAG.) in der Betriebszugehörigkeit einen besonderen Wert, der des gesetzlichen Schutzes bedarf“ [200]). Der Betriebsangehörige, der nicht nur an den Unternehmer, sondern auch an die Betriebsgemeinschaft persönlich gebunden ist, soll vor einer sozial nicht gerechtfertigten Zerreißung dieses doppelten Bandes geschützt werden, Der arbeitnehmerähnliche Agent ist nicht in diese Gemeinschaft eingegliedert. Ein Schutz

199) Begründung zu § 102 Entwurf.

200) Hueck-Nipperdey-Dietz § 56 Vorbem. 2.

vor Ausgliederung aus ihr kann für ihn nicht in Frage kommen. Er steht seinem Geschäftsherrn als Einzelperson in persönlicher Selbständigkeit gegenüber. Ein wenn auch nur beschränkter Zwang zur Aufrechterhaltung des bestehenden Vertragsverhältnisses, wie ihn die Kündigungswiderrufsklage mit sich brächte, wäre mit der persönlichen Selbständigkeit beider Partner unvereinbar[201]).

Aber vor den Folgen einer sozial zu mißbilligenden Kündigung muß der arbeitnehmerähnliche Agent de lege ferenda geschützt werden. Er verliert durch die Kündigung seine bisherige Existenzgrundlage. Die Gewinnung einer gleichwertigen Vertretung wird für ihn oft schwer sein. Sie bringt eine neuerliche, wenig einträgliche Einführungsarbeit mit sich. Diese Uebergangszeit ist für ihn ob seiner wirtschaftlichen Schwäche besonders schwer zu überwinden. Es muß ihm daher für den Fall einer nicht durch sein schuldhaftes Verhalten ausgelösten und durch keine eigenen anerkennenswerten Belange gerechtfertigte Kündigung des Geschäftsherrn ein angemessener Entschädigungsanspruch zugesprochen werden, der ihm über jene Krisenzeiten hinwegzuhelfen vermag[202]). Dieser Anspruch rechtfertigt sich durch den Verlust eines Teils seiner Kunden. Seine Erfüllung kann dem Geschäftsherrn, dem der hinterlassene Kundenkreis des Agenten auch in Zukunft noch Vorteile bringen wird, zugemutet werden.

III. Auch vor einer zu kurzfristigen Kündigung muß der arbeitnehmerähnliche Agent ob seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit und Schwäche geschützt werden. Die Eigenart seiner Stellung läßt eine gewisse Mindestdauer des Agenturverhältnisses geboten erscheinen, damit das Risiko, das er durch die Betätigung für nur einen Geschäftsherrn auf sich nimmt, ihn nicht allzusehr gefährdet; denn die Einführung einer Firma und ihrer Waren erfordert stets eine längere Anlaufszeit, während der die Geschäftsunkosten oft in einem Mißverhältnis zu der vereinbarten

201) Volkmar ArbRS. LAG. 31/8.
202) Vgl. § 25 öHAG.

Erfolgsvergütung stehen, sodaß sich die Tätigkeit des Agenten erst nach einiger Zeit rentieren wird. Der arbeitnehmerähnliche Agent benötigt im Falle der Kündigung aber auch eine längere Zeitspanne, um ein neues, gleichwertiges Betätigungsfeld für eine andere Firma zu finden. Dieses neue Dienstverhältnis soll für ihn wieder eine dauernde Existenzgrundlage darstellen. Es muß daher gut ausgesucht und seine einzelnen Vertragsbedingungen müssen reiflich überlegt sein. Darüber hinaus liegt die Einführung längerer Kündigungsfristen im allgemeinen Interesse. Die Stetigkeit jeder Arbeitsgemeinschaft ist volkswirtschaftlich erstrebenswert. Längere Kündigungsfristen werden den Geschäftsherrn dazu zwingen, sich nur den fähigen Agenten dienstbar zu machen. Sie dienen also mittelbar auch der Ausscheidung unfähiger Personen aus dem Vermittlergewerbe und damit den Interessen eines wohlverstandenen Arbeitseinsatzes. All diese Gründe lassen es geboten erscheinen, den arbeitnehmerähnlichen Agenten ob seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit und Schwäche de lege ferenda vor einer kurzfristigen Kündigung in ähnlicher Weise zu schützen wie den wirtschaftlich schwachen Handlungsgehilfen [203]), also etwa durch Einführung einer unabdingbaren Mindestkündigungsfrist von einem Monat oder sechs Wochen zum Vierteljahresschluß. Um darüber hinaus die Gefahren der wirtschaftlichen Ueberlegenheit des Geschäftsherrn weiter abzuschwächen, sollten ähnlich wie für die meisten Gefolgsleute, die Kündigungsfristen für beide Teile gleich sein [204]).

---

203) Vgl. § 66, 67 HGB. — Der wirtschaftlich zwar abhängige aber starke Handlungsagent bedarf eines derartigen Schutzes ebensowenig wie der wirtschaftlich starke Handlungsgehilfe (vgl. § 68 HGB.), da er sich gegen nachteilige Vereinbarungen selbst zu schützen vermag.

204) Vgl. §§ 67 Abs. 4 HGB. 122, 133 a.a. GewO., § 96 Abs. 2 Entwurf; § 19 öHAG. Schmidt-Rimpler 53; Schmidt 83, der eine entsprechende Anwendung des § 67 Abs. 4 HGB. für arbeitnehmerähnliche Agenten schon im geltenden Recht zulassen will.

Der längere Bestand der gegenseitigen Geschäftsbeziehungen führt, da der arbeitnehmerähnliche Agent im wesentlichen nur für einen Geschäftsherrn tätig ist, zu einer immer engeren Verflechtung der beiden Geschäftsorganismen. Solche organisch gewachsene Geschäftsverbindungen sind erfreuliche Erscheinungen des Wirtschaftslebens, sodaß ihr Fortbestand ganz allgemein schutzwürdig ist. Aber sie bringen gerade für den arbeitnehmerähnlichen Agenten als den wirtschaftlich schwächeren Partner besondere Gefahren mit sich. Stets hat er den Absatz gleicher Waren zu fördern und gleichen Interessen seiner Kunden zu dienen. Dadurch wird er einseitig. Die Beendigung des Agenturvertrags ist für ihn zudem besonders nachteilig, weil seine längere Dauer den völligen Verlust des eigenen Kundenstammes zur Folge haben wird, der im Lauf der Jahre enger mit dem geschäftsherrlichen Unternehmen verwachsen ist. Die Einführung einer längeren Kündigungsfrist de lege ferenda von etwa 3 Monaten nach ein- bis zweijähriger Dauer des Agenturverhältnisses würde der erhöhten Schutzbedürftigkeit des arbeitnehmerähnlichen Agenten entsprechen. Ihre Einhaltung kann dem Geschäftsherrn zugemutet werden, dem infolge der engeren Bindung eine erhöhte Treuepflicht obliegt.

IV. Besonders bedenklich ist, daß vor allem in wirtschaftlichen Krisenzeiten vielen älteren, wirtschaftlich abhängigen Agenten zu Gunsten jüngerer und billigerer Arbeitskräfte gekündigt wird. Eine derartige Kündigung in vorgeschrittenen Jahren ist ganz allgemein bedenklich, weil die Mehrzahl der Dienstverpflichteten in diesem Alter für eine Familie zu sorgen hat, ein Berufs- und Wohnortwechsel sie daher besonders schwer trifft. Sie gefährdet darüber hinaus eine dauerhafte Existenzgrundlage des Gekündigten in aller Zukunft; denn Stellengesuche von Bewerbern über 50 Jahren sind oft erfolglos. Das Kündigungsschutzgesetz vom 9. Juli 1926 hat ältere, länger in einem Betrieb beschäftigten Angestellte durch erheb-

liche Verlängerung der Kündigungsfristen vor diesen Folgen des Alters zweckmäßig geschützt.

Die Notlage der älteren arbeitnehmerähnlichen Agenten ist eine Parallele zu der der älteren Angestellten und Arbeiter schlechthin. Trotzdem scheint eine entsprechende Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes auf arbeitnehmerähnliche Agenten de lege lata nicht zulässig[205]; denn das Kündigungsschutzgesetz ist als lex specialis, dessen Geltungsbereich gemäß §§ 1, 2 KSchG. auf in einem Betrieb beschäftigte versicherungspflichtige Angestellte scharf begrenzt ist, einer ausdehnenden Auslegung nicht zugänglich. Die Tendenz der Ausweitung des Altersschutzes besteht jedoch, wie sich aus § 98 Entwurf ersehen läßt, allgemein. Die wirtschaftliche Unselbständigkeit, die für die Schaffung des Kündigungsschutzgesetzes wesentlich war[206], ist auch das charakteristische Merkmal des arbeitnehmerähnlichen Agenten. Es muß ihm daher de lege ferenda ein ähnlicher Kündigungsschutz zuteil werden.

5. Wettbewerbsklausel.

I. Von geringerer praktischer Bedeutung als die Lohnsicherung und der Kündigungsschutz und daher noch weniger beachtet ist die Frage, ob und inwieweit eine Wettbewerbsabrede für die Zeit nach Beendigung des Agenturverhältnisses zwischen dem arbeitnehmerähnlichen Agenten und seinem Geschäftsherrn zulässig ist oder sein sollte. Nach geltendem Recht können sich sowohl der selbständige als auch der arbeitnehmerähnliche Agent einer derartigen Konkurrenzklausel unterwerfen. Die Vorschriften der §§ 74ff. HGB. finden auf eine solche Vereinbarung grundsätzlich keine Anwendung[207]. Aus § 138

205) ArbRS. LAG. 18/121, Staub § 92 Einleitung, Fischer 58, a. A. Spiro 64.

206) Oßwald S. 12.

207) Schlegelberger § 84 Anm. 31, Staub § 84 Anm. 22a, Großm. S. 96, Albrecht-Tentler S. 5 u. 32, Groß ARK. Handlungsagent III, RG. JW. 28/2092.

BGB. ergibt sich jedoch insoweit eine gewisse Beschränkung der Vertragsfreiheit, als die Wettbewerbsklausel weder eine Ausbeutung des Agenten noch eine unsittliche Behinderung seiner wirtschaftlichen Freiheit bilden darf[208]). Darüber hinaus haben Rechtsprechung und Rechtswissenschaft die Möglichkeit offen gelassen, daß einzelne allgemeine Grundsätze der §§ 74ff. HGB. auch für die Wettbewerbsabrede zwischen Agent und Geschäftsherrn dann entsprechend anwendbar seien, wenn im Verhältnis dieser Personen zueinander die Gefahr verwirklicht sei, welche der Gesetzgeber bei Statuierung dieser Bestimmungen im Auge gehabt habe, und dies insbesondere für § 75 HGB., der das Schicksal dieser Abrede im Falle der Kündigung betrifft, bejaht[209]).

Die Erwerbsmöglichkeit des arbeitnehmerähnlichen Agenten ist an sich im Falle der Lösung des Agenturverhältnisses sehr beschränkt. Seine wirtschaftliche und soziale Lage läßt es daher schon im geltenden Recht geboten erscheinen, ein Wettbewerbsverbot analog § 74a Satz 1 und 2 HGB. insoweit für unverbindlich zu erklären, als es nicht zum Schutz der berechtigten geschäftlichen Interessen des Prinzipals dient oder soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält. Es handelt sich insoweit um Rechtsgedanken allgemeiner Art, die für den arbeitnehmerähnlichen Agenten eine entsprechende Anwendung gestatten und — da die Arbeitskraft sein wesentliches Betriebskapital darstellt, das vor Willkür geschützt werden muß — geboten erscheinen lassen[210]).

II. Die Konkurrenzklausel bedeutet eine Beschränkung in der Verwertung eigener Fähigkeiten, stellt daher

208) Cosack 205, Schmidt-Rimpler 69.

209) Seuff. A. 65/25, Schlegelberger § 84 Anm. 31, Düringer-Hachenburg § 84 Anm. 4, Staub § 84 Anm. 22a, Jacusiel 43.

210) Eine weitergehende ganz allgem. entsprechende Anwendbarkeit der §§ 74ff. HGB., wie sie Schmidt S. 75 für möglich hält, ist dagegen für das geltende Recht abzulehnen.

einen erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit dessen dar, der sich ihr unterwirft. Sie deshalb im kommenden Agenturrecht ganz allgemein für unwirksam zu erklären[211]) ist jedoch nicht geboten. Der freie Handlungsagent, der seinen Geschäftsherren gleichberechtigt und gleich mächtig gegenübersteht, wird eine derartige Vereinbarung nur in einer Art und Weise treffen, die seinem beruflichen Fortkommen nicht schadet. Er bedarf insoweit keines besonderen Schutzes. Ebenso unzweckmäßig erscheint es, eine derartige Abrede zwischen dem wirtschaftlich abhängigen Agenten und seinem Geschäftsherrn stets für nichtig zu erklären; denn der Geschäftsherr wird oft ein überragendes und berechtigtes Interesse an einer derartigen Vereinbarung haben. Die wirtschaftliche Abhängigkeit des Handlungsagenten bringt insbesondere bei längerer Dauer der Geschäftsbeziehungen eine enge Verflechtung beider Geschäftsorganismen mit sich, die dem Agenten einen tiefen Einblick in die Geschäftsorganisation seines Geschäftsherrn ermöglichen kann. Nach Lösung des Agenturvertrags wird er in aller Regel seine Arbeitskraft mit allem erworbenen Wissen gegen seinen früheren Geschäftsherrn einsetzen. Es erhellt ohne weiteres, welche Gefahr dem Geschäftsherrn daraus erwächst. Das Recht kann nicht mißbilligen, daß der Geschäftsherr versucht, die in seinem Geschäftsorganismus erworbenen Kenntnisse nicht der Konkurrenz zufließen zu lassen.

Die wirtschaftliche Ueberlegenheit des Geschäftsherrn bringt jedoch vor allem für den arbeitnehmerähnlichen Agenten ob seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit und Schwäche besondere Gefahren mit sich, wenn eine derartige Wettbewerbsklausel mit ihm vereinbart wird. Diese Gefahren müssen, über die analoge Anwendbarkeit der §§ 74a Abs. 1 u. 2, und 75 HGB. hinaus, durch eine weitere zweckentsprechende gesetzliche Beschränkung der Wettbewerbsvereinbarung von ihm fern gehalten werden.

211) So § 26 öHAG.

Die Schutzbestimmungen der §§ 74ff. HGB., die diesem Zweck dienen, haben sich für Handlungsgehilfen in der Vergangenheit als brauchbar erwiesen. Sie sind im wesentlichen auch in den Entwurf (§§ 24—31) übernommen worden. Da die wirtschaftliche Stellung des arbeitnehmerähnlichen Agenten der des Handlungsgehilfen gleicht, würde eine ähnliche Beschränkung der Wettbewerbsabrede, also im wesentlichen die Einführung der Schriftform und des Prinzips der bezahlten Karenz, einer Maximaldauer von 2 Jahren nach Lösung des Agenturverhältnisses und die Zulässigkeit nur für Volljährige de lege ferenda der Schutzbedürftigkeit des arbeitnehmerähnlichen Agenten entsprechen.

§ 3. Anwendbarkeit des AOG.

1. Allgemeines.

Wir erkannten die für den arbeitnehmerähnlichen Agenten begriffswesentliche persönliche Selbständigkeit als Unabhängigkeit sowohl vom Willen einer Person als auch einer Personengemeinschaft. Die Eingliederung in eine Betriebsgemeinschaft hat eine Abhängigkeit vom Willen dieser Gemeinschaft zur Folge. Der arbeitnehmerähnliche Agent kann, da eine derartige Abhängigkeit mit seiner persönlichen Selbständigkeit unvereinbar ist, also niemals Gefolgschaftsangehöriger einer Betriebsgemeinschaft sein [212]). Das AOG., das die Rechtsbeziehungen dieser Gemeinschaft regelt, ist für ihn grundsätzlich unanwendbar [213]).

Der arbeitnehmerähnliche Agent kann z. B. niemals einer Betriebsordnung unterfallen, deren Zweck es ist, die Gefolgschaftsangehörigen zu einer Gemeinschaft zusammenzufassen, indem sie etwa die äußeren Arbeitsbedingungen, Vorschriften über den geregelten Gang des

212) Hueck-Nipperdey-Dietz § 1 Anm. 15, a. A. Mansfeld-Pohl 88.

213) Schon Carstens 113ff. erkannte, daß der arbeitnehmerähnliche Agent sich in das Recht der Betriebsverfassung schwerlich einordnen lasse.

Betriebs wie Anfang und Ende der Arbeitszeit und der Pausen, Zeit und Art der Abrechnung und der Lohnzahlung festlegt und gesundheitliche Maßnahmen vorschreibt, die mit der Ordnung im Betrieb zusammenhängen. All diese Normen einer Betriebsordnung sind mit der persönlichen Selbständigkeit des arbeitnehmerähnlichen Agenten unvereinbar. Ebensowenig kann er Mitglied des Vertrauensrats werden, weil er der Betriebsgemeinschaft nicht angehört und ihre Verhältnisse nicht kennt. Er untersteht aber auch nicht der

2. sozialen Ehrengerichtsbarkeit.

„Ehre ist ein Gemeinschaftsbegriff“ [214]). Jede Lebensgemeinschaft besitzt einen Ehrbegriff. Der menschlichen Gemeinschaft entspricht die Menschenehre, der Volksgemeinschaft die völkische Ehre, der Familiengemeinschaft die Familienehre, der Standesgemeinschaft die Standesehre. Auch die soziale Ehre wird daher der Ehrbegriff einer besonders gearteten Gemeinschaft sein. Diese Gemeinschaft ist nicht etwa die Arbeitsgemeinschaft, wie wir sie als allgemeine Grundlage jeder Arbeitsleistung für andere erkannt haben. Gegen die „soziale Ehre“ vergeht sich nicht schon, wie Klausing“ [215]) meint, wer gegen irgendwelche Normen des Sozialrechts in einer Weise verstößt, die einen schweren Mangel sozialen Verantwortungsbewußtseins offenbart. Die soziale Ehre findet ihre Begrenzung vielmehr in dem durch die Betriebsgemeinschaft begründeten Pflichtenkreis [216]), der nicht mit den Pflichten aus jener Arbeitsgemeinschaft identisch ist [217]), sondern sich allein aus der Stellung des Gefolgschaftsangehörigen (oder Betriebsführers) in dieser Gemeinschaft ergibt.

Die soziale Ehre ist der besondere Ehrbegriff der

214) Bußmann S. 3.

215) DAR. 34/400.

216) Herschel ArbR. u. Volkst. 35/129ff., vgl. auch §§ 35, 36 AOG.

217) Hueck-Nipperdey-Dietz, Vorbem. 3 zu § 35, Nagler JW. 35/1526.

Betriebsgemeinschaft. Träger sozialer Ehre kann daher nur sein und verstoßen gegen die soziale Ehre kann nur wer in diese Betriebsgemeinschaft eingegliedert ist[218]). Der arbeitnehmerähnliche Agent, der keiner Betriebsgemeinschaft angehören kann, unterfällt der sozialen Ehrengerichtsbarkeit nicht.

Das bedeutet nicht etwa, daß im Rahmen der zwischen dem arbeitnehmerähnlichen Agenten und seinem Geschäftsherrn bestehenden Arbeitsgemeinschaft der Begriff der Ehre bedeutungslos wäre. Als selbständige Kaufleute sind beide Vertragspartner vielmehr Träger kaufmännischer Ehre, wie sie in den Ehrengerichten der gewerblichen Wirtschaft gepflegt wird.

3. Tarifordnung.

Fraglich ist, ob für arbeitnehmerähnliche Agenten eine Tarifordnung erlassen werden kann; denn grundsätzlich soll eine Tarifordnung nur für die Beschäftigten einer Gruppe von Betrieben erlassen werden (§ 52 AOG.). Die Bedeutung einer tariflichen Regelung beruht vornehmlich auf ihrem Schutzcharakter[219]). Sie soll im Interesse der Volksgemeinschaft jedem Dienstverpflichteten eine seinen Lebensverhältnissen entsprechende Existenzgrundlage sichern[220]), kann daher nur erlassen werden, wenn diese Existenzgrundlage gefährdet ist, wenn die Festsetzung von Mindestbedingungen zum Schutze dieser Personengruppen zwingend geboten ist (§ 32 AOG.). Schutzbedürftig in diesem Sinne sind nicht nur Gefolgschaftsangehörige. Auch andere zur Arbeitsleistung verpflichtete Personengruppen können ihnen ob ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit in ihrer Schutzbedürftigkeit gleichstehen. Dem trägt das Gesetz in § 34 Satz 1 AOG. Rechnung, indem es den Erlaß von Tarifordnungen für Hausgewerbetreibende ermöglicht.

218) Hueck-Nipperdey-Dietz § 35 Anm. 1, Mansfeld-Pohl § 35 Anm. 5.

219) Hueck-Nipperdey-Dietz § 32 Anm. 59.

220) Nipperdey ZADR. 35/913.

Darüber hinaus kann der RAM. oder der Treuhänder der Arbeit durch schriftliche, im Reichsarbeitsblatt bekannt zu machende Verfügung aus dem gleichen Grundgedanken für Gruppen von arbeitnehmerähnlichen Personen die Möglichkeit schaffen, sie einer Tarifordnung zu unterstellen, indem er sie den Hausgewerbetreibenden „gleichstellt". Diese Gleichstellung im Rahmen des § 34 Satz 2 AOG. erfordert nicht wie diejenige des § 2 HAG., daß die gleichzustellenden Personengruppen im „Raume der Heimarbeit" [221]) tätig sind. § 34 Satz 2 AOG. schafft vielmehr ganz allgemein die Möglichkeit, für arbeitnehmerähnliche Personen ohne Rücksicht auf die Art ihrer Tätigkeit eine Tarifordnung zu erlassen [222]). Denn die gemäß § 34 ergehenden Tarifordnungen sollen — unabhängig von einer Betriebszugehörigkeit — ganz allgemein hauptsächlich für die ausreichende Lohnung geleisteter Arbeit wirtschaftlich abhängiger Personengruppen sorgen und ihnen durch die unabdingbare Wirkung der Tarifordnung ob ihrer gleichen Schutzbedürftigkeit denselben starken arbeitsvertraglichen Schutz gewähren, wie ihn Gefolgschaftsangehörige genießen [223]).

Voraussetzung für den Erlaß einer derartigen Gleichstellungsverfügung ist demnach, daß die gleichzustellenden Personengruppen besonders schutzbedürftig sind. Der arbeitnehmerähnliche Agent ist ob seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit und Schwäche schutzbedürftiger als viele Gefolgschaftsangehörige. Während nämlich die Belange des Gefolgsmanns infolge seiner Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft schon vom Vertrauensrat vertreten werden können, steht der arbeitnehmerähnliche Agent seinem Geschäftsherrn als einzelner in seiner vollen wirtschaftlichen Abhängigkeit und Schwäche gegenüber. Die Möglichkeit, arbeitnehmerähnliche Agenten einer Tariford-

221) Richter DAR. 36/261.

222) Hueck-Nipperdey-Dietz § 34 Anm. 11.

223) Molitor Arbeitsrecht S. 73, Dersch AOG. § 34 Anm. 1. Potthoff Arbeitsrecht S. 135.

nung zu unterstellen, muß daher bejaht werden[224]). Die Rechtsverhältnisse der selbständigen Handlungsagenten können dagegen nie dem Wirkungsbereich einer Tariford-nung unterfallen[225]).

Der Erlaß von Tarifordnungen für arbeitnehmerähnliche Agenten entspräche auch deren sonstiger Bedeutung. Die in den Tarifordnungen festgesetzten Arbeitsbedingungen sollen auch der Einheit der deutschen Volkswirtschaft dienen, die nur gewährleistet wird, wenn diese Bedingungen in den wichtigsten Wirtschaftszweigen gleich sind[226]). Die Rechtsverhältnisse der arbeitnehmerähnlichen Agenten sind heute, insbesondere im Versicherungsagenturgewerbe, eine soziale Massenerscheinung, für die die Typisierung ihrer Arbeitsbedingungen von volkswirtschaftlichem Interesse wäre. Denn einmal würde sie für den arbeitnehmerähnlichen Agenten eine gewisse Stetigkeit der Arbeitsbedingungen, insbesondere der Mindestlöhne einführen, wie sie einer planvollen Wirtschaft entspräche. Zum andern wäre die Vereinheitlichung der Vergütungssätze ob der absatzfördernden Tätigkeit der Agenten für die Warenpreise volkswirtschaftlich von ähnlichem Interesse wie die Vereinheitlichung der Löhne der in der Produktion Tätigen. Eine Gleichstellung der arbeitnehmerähnlichen Agenten mit den Hausgewerbetreibenden für den Erlaß von Tarifordnungen, wie sie bisher noch nicht erfolgt ist, wäre daher wünschenswert.

V. Ausblick.

Der arbeitnehmerähnliche Agent entwickelte sich erst im Laufe der letzten Jahrzehnte. Zunächst war er eine wenig beachtete Erscheinung. Lange verkannte man sein

224) Hueck-Nipperdey-Dietz § 34 Anm. 11.

225) Mansfeld-Pohl § 32 Anm. B 10a, ArbRS. RAG. 33/320, LAG. 32/83.

226) Huber JW. 34/1020.

soziales Schutzbedürfnis und unterstellte ihn handelsrechtlichen Normen, die ob ihrer Abdingbarkeit seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit und Schwäche nicht gerecht werden konnten. Mit der wachsenden Erkenntnis der besonderen Eigenart seiner Stellung begann jedoch, wie wir sahen, die attraktive Tendenz des Sozialrechts zu wirken, indem ein im Wirtschaftsleben erstandener Personentyp ob seiner sozialen Schutzbedürftigkeit allmählich arbeitsrechtlichen Normen unterstellt wurde. Nachdem er zunächst nur von der Arbeitsgerichtsbarkeit erfaßt worden war, wurden auf den arbeitnehmerähnlichen Agenten in zunehmendem Maße auch Normen des materiellen Arbeitsrechts angewandt. Diese Entwicklung der allgemeinen Schutzbedürftigkeit des arbeitnehmerähnlichen Agenten abzuschließen, ist Aufgabe der Rechtserneuerung.

Schrifttumsverzeichnis.

Abel, Wann sind Agenten als arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des § 5 ArbGG. anzusehen? JW. 1928/2913 ff.

— Schulte: Arbeitnehmerähnliche Personen im Arbeitsgerichtsgesetz. JW. 1931/1241.

Albrecht, Wünsche zur Neuregelung des Rechts der Handlungsagenten. ZBH. 1929/78 ff.

Albrecht-Tentler, Das Recht der Agenten nach deutschem Handelsrecht, 1908.

Anthes, Kündigungsschutz, 1934.

Baumbach-Teichmann, Arbeitsgerichtsgesetz 1934.

Becher, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar 1932.

Behm, Der Handelsagent. Seine soziale Stellung und volkswirtschaftliche Bedeutung. 1913.

— Die Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte für den Handelsvertreter. 3. Aufl. 1929.

Brauer, Der Produktionsfaktor Arbeit. 1925.

Bußmann, Der Verstoß gegen die soziale Ehre. 1936.

Callman, Der unlautere Wettbewerb. Kommentar. 1929.

Carstens, Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für die Geltendmachung gegenseitiger Ansprüche von Provisionsvertretern und von ihnen vertretenen Kaufleuten. NZfA. 1933/113 ff.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 1930.

Daßler, Handelsverteter und Arbeitsgericht. ZBH. 1929/248 ff.

Defiebre, Arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes. Diss. Heidelberg. 1933.

Depène-Heinitz-Rohlfing, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz. 1932.

Dersch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar 1934.

— Der Erholungsurlaub im Akademieentwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis. DAR. 1938/193.

Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht. Band I und II. 1927/1929. („Rechtsprechung").

Dersch-Kaskel, Arbeitsrecht. 4. Auflage. 1932.

Dersch-Volkmar, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz. 1934.
Dietz, Die Pflicht des ehemaligen Beschäftigten zur Verschwiegenheit über Betriebsgeheimnisse. Festschrift für Hedemann. 1938. S. 330 ff.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 3. Auflage. 1930.
Elster, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 1932.
Emge, Die rechtspolitische Arbeit der Akademie für Deutsches Recht im Kriege. ZADR. 1939/661 ff.
Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis. Mit Begründung. 1938.
Erdel, Arbeitnehmerähnliche Personen. ZBH. 1928/90 ff.
Fischer, Das Recht des Handelsvertreters. 1934.
Flatow-Joachim, Arbeitsgerichtsgesetz. 1928.
Fuchs, Sind die Arbeitsgerichte für die Prozesse der Handlungsagenten zuständig? ZBH. 1929/118 ff.
Gareis, Das Deutsche Handelsrecht. 8. Auflage.
Gierke, Handelsrecht. 1933.
Graßhoff, Die Rechtsstellung des Handlungsagenten im Konkurs der vertretenen Firma. JW. 1934/2666 ff.
Großmann, Die rechtliche Stellung des Handlungsreisenden. 1912.
Heinz, Die volkswirtschaftliche Stellung und soziale Lage des Handlungsreisenden und Handlungsagenten unter dem Einfluß der neueren wirtschaftlichen Entwicklung. Diss. Frankfurt. 1933.
Herschel, Zum Begriff der sozialen Ehre. ArbRuVolkst. 1935/129 ff.
Höhne, Die Arbeitnehmereigenschaft. Diss. Halle. 1934.
Höniger-Wehrle, Arbeitsrecht. Sammlung der reichsgesetzlichen Vorschriften zum Arbeitsrecht. Textausgabe mit Sachregister nebst einer einführenden Abhandlung über die Grundformen des Arbeitsvertrags. 6. Auflage. 1925.
Horne, Die Grenzziehung zwischen dem Agenten und dem Handlungsgehilfen. Diss. Köln. 1934.
Huber, Betriebsordnung und Tarifordnung. JW. 1934/1017 ff.
Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Ein Grundriß. 1938.
— Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den Gefolgsmann nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Festschrift Hedemann. 1938. S. 312 ff.
Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts. 2 Bände. 3. bis 5. Auflage. 1931/32.
Hueck-Nipperdey-Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. 3. Auflage. 1939.
Hütter, Das Recht des Handlungsagenten nach dem HGB. vom 20. Mai 1897. Diss. Leipzig, 1910.
Immerwahr, Das Recht des Handlungsagenten. 1900.
Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts. 1927.

Jacusiel, Das Recht der Agenten. 3. Auflage. 1925.
Jäger, Kommentar zur Konkursordnung. 6. bis 7. Auflage. 1936.
Johannes, Die arbeitnehmerähnlichen Personen im Arbeitsgerichtsgesetz. Diss. Leipzig. 1931.
Jonas, Die Zivilprozeßordnung. 16. Auflage. 1939.
Josef, Arbeitnehmerähnliche Personen. JW. 1928/2650.
Jung, Die rechtliche Stellung des Handlungsagenten in der geschichtlichen Entwicklung. Diss. Jena 1916.
Kaskel Arbeitsrecht. 3. Auflage. 1928.
— Streitsachen, Gerichte und Parteien in der neuen Arbeitsgerichtsbarkeit. NZfA. 1927/421 ff.
— Die Arbeitsgerichtsbarkeit. Arbeitsrechtliche Seminarvorträge. 1929.
Kersting, Abgrenzung der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte in handelsrechtlichen Streitigkeiten. DHZ. 1928 Nr. 5.
— Der neue Vollstreckungsschutz der Agenten. JW. 1935/88 ff.
Klausing, Die Ehre im Sozialrecht. DAR. 1934/400.
Kny, Die Arbeitsgerichtsbehörden; ihr Aufbau und ihre Zuständigkeit. 1928.
Königstein-Graus, Das Handelsagentengesetz vom 24. Juni 1921. 1934.
Kreller, Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. ArchcivPrax. Bd. 122/1 ff.
Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 9. Auflage. 1938.
Lehmann, Handel und Gewerbe. 1938.
Laarmann, Amtsgericht oder Arbeitsgericht? JW. 1930/3067.
Lieb-Gift, Arbeitsgerichtsgesetz. 1934.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag.
Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, Die Ordnung der nationalen Arbeit. 1934.
Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht. 1925.
Mentzel, Kommentar zur Reichskursordnung. 5. Auflage 1937.
Molitor, Deutsches Arbeitsrecht mit Einschluß der Grundzüge der Sozialversicherung. 2. Auflage. 1938.
— Der Begriff des Arbeitnehmers. Schlichtungswesen 1926/6 ff. und 26 ff.
— Handelsrecht und Arbeitsrecht. ZBH. 1928/33 ff.
— Das Wesen des Arbeitsvertrags. 1925.
Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. 1925.
Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht. 1928.
Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrags und des Anstellungsvertrags. 1926.

Nikisch, Der Anstellungsvertrag. JhJb. 80/1 ff.
— Vom Arbeitsverhältnis. Festschrift für Lehmann. 1937/285 ff.
— Arbeitsrecht. 1936/1938.
— Probleme des Urlaubsrechts im Lichte der nationalsozialistischen Ordnung der Arbeit. ZADR. 1938/41 ff.
Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht. 1924.
— Das System des neuen Arbeitsrechts. ZADR. 1935/911 ff.
Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht mit Einschluß der Arbeitskämpfe. 1923.
Oswald, Das Gesetz über Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. Juli 1926. Kommentar. 1927.
Pawelitzki, Die Natur des Urlaubsanspruchs. DAR. 1937/78 ff.
Potthoff, Gerichtsstand arbeitnehmerähnlicher Personen. LZ. 1927/417 ff.
— Das deutsche Arbeitsrecht. 1935.
Pracht, Arbeitsgerichtsgesetz. 1934.
Rehme, Die Stellung des Handelsvertreters im geltenden Recht. 1926.
Richter, Grundverhältnisse des Arbeitsrechts. 1928.
— Die heimarbeitsrechtliche Gleichstellung. DAR. 1936/259 ff.
— Endigung des Arbeitsverhältnisses. DAR. 1938/196 ff.
Röhrig, Der selbständige und der unselbständige Handlungsagent. Diss. Leipzig. 1927.
Rühling, Recht der Lohnpfändung. 1938.
Schäfer-Somborn, Die Rechte und Pflichten der Handelsvertreter und Mäkler einschließlich der Versicherungsagenten. 1933.
Scheider, Zum Begriff der arbeitnehmerähnlichen Personen. Diss. Köln. 1934.
Schieckel, Die Frage der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für die Prozesse der Handlungsagenten. JW. 1928/2897 ff.
Schlegelberger, Kommentar zum HGB. 1939.
Schmidt, Wichtige Rechtsfragen der Handlungsagentur. Diss. Köln. 1928.
Schmidt-Rimpler, Der Handlungsagent. Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. V, 1 S. 1 ff.
Schminke-Sell, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz. 1928.
Schulte, Arbeitnehmerähnliche Personen im Arbeitsgerichtsgesetz. 1930.
Sebode, Die Pfändung der Provision und der Spesen des Agenten. JW. 1938/3073.
Seibertz, Arbeitsgerichtsbarkeit. 1934.
Siebert, Das deutsche Arbeitsrecht. 1937.
— Arbeitsverhältnis und Betriebszugehörigkeit. In: „10 Jahre Arbeitsgericht". 1937, („Arbeitsverhältnis").

Sperling. Abgrenzung des Handlungsgehilfenvertrags vom Agenturvertrag. DAR. 1934/24 ff.

Spiro, Der arbeitnehmerähnliche Handlungsagent. ZBH. 1929/62 ff.

Staub's Kommentar zum HGB. 14. Auflage. 1932.

Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. 2, 9. Aufl. 1928.

Stritzke, Die Rechtsstellung des Provisionsvertreters. AR. 1930/567 ff.

Titze, Das kaufmännische Hilfspersonal. Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. II S. 545 ff.

Vallbracht, Die personenrechtliche Seite des Arbeitsverhältnisses in dem geltenden deutschen Recht und in dem Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Diss. Gießen. 1927.

Volkmar, Inwieweit ist § 5 des ArbGG. auf Agenten anwendbar? ArbGer. 1927/153 ff.

Warncke, I. Ist der Vertreter Handlungsgehilfe oder Handlungsagent? II. Ist das Arbeitsgericht im Streitfalle zuständig? ZBH. 1928/181 ff.

Weber, Wirtschaftsgeschichte. 1924.

Lebenslauf.

Am 6. August 1916 wurde ich als Sohn des derzeitigen Oberstudiendirektors Dr. Hans Friedrich Cramer und seiner Ehefrau Emilie Luise Ottilie, geb. Bloß, in Nürnberg geboren. Nach dreijährigem Besuch der Simultanschule trat ich in die erste Klasse der Realschule III in Nürnberg über und absolvierte die neunte Klasse der Dürer-Oberrealschule in Nürnberg am 16. März 1935. Gleichzeitig legte ich die Abschlußprüfung in der lateinischen Sprache ab.

Im Wintersemester 1935/36 begann ich mein rechts- und staatswissenschaftliches Studium. Als Angehöriger des Maximilianeums verbrachte ich meine gesamte Studienzeit in München. Am Ende des sechsten Semesters unterzog ich mich beim Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts München der ersten juristischen Staatsprüfung, die ich am 15. Dezember 1938 bestand.

Am 31. Januar 1939 wurde ich zum Gerichtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk Nürnberg ernannt, in dem ich bisher beim Amtsgericht Schwabach sowie bei dem Landgericht und der Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth tätig war.